

THÈSE DE

CAEN,

1891

N^o. 8.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DE LA

QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

DROIT FRANÇAIS

ATTRIBUTIONS

DU

JUGE D'INSTRUCTION



THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue publiquement

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le Mercredi 1^{er} Juillet 1891, à 3 heures 1/2 du soir

PAR

JULES ROUZAY

Avocat



CAEN

IMPRIMERIE HENRI DELESQUES

RUE FROIDE, 2 ET 4

—
1891

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

DE LA

QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI .

DROIT FRANÇAIS

ATTRIBUTIONS

DU

JUGE D'INSTRUCTION



THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue publiquement

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le Mercredi 1^{er} Juillet 1891, à 3 heures 1/2 du soir

PAR

JULES ROUZAY

Avocat



CAEN

IMPRIMERIE HENRI DELESQUES

RUE FROIDE, 2 ET 4

—
1891

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MON GRAND-PÈRE — A MA GRAND-MÈRE

A ma Famille — A mes Amis

JURY D'EXAMEN :

MM. LEBRET, *Professeur, Président ;*

JOUEN, *Id. ;*

GAUCKLER, *Agrégé ;*

AMBROISE COLIN, *Id.*

THÈSE DE DROIT ROMAIN

DE LA

QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

INTRODUCTION

La famille à Rome était la base des institutions sociales et dans cette famille le *paterfamilias* était un souverain ; « *il était seul législateur, seul juge, seul prêtre, et ses femmes, ses enfants, ses esclaves étaient tous de même condition, car ils étaient tous sans droits devant lui.* » (1) L'individu par lui-même n'est rien dans la société romaine, s'il ne se rattache à une famille ; c'est elle seule qui constitue l'unité sociale dans laquelle s'absorbent les individus, et qui, conservant son identité par le foyer et le tombeau auxquels elle reste liée, s'absorbe elle-même dans la personne d'un chef qui détient tous les pouvoirs. Aussi la puissance du *paterfamilias* s'étend-elle sur les personnes et sur les biens ; il a sur sa famille, c'est-à-dire sa femme, ses enfants et ses esclaves, le droit de vie et de mort ; il a sur la dévolution de son patri-

(1) Gide. Condition privée de la femme. Liv. I^{er}, chap. I^{er}.

moine un pouvoir illimité : « *Uti legassit super pecuniâ tutelâve suæ rei ita jus esto.* » Tel est le principe proclamé par la loi des Douze-Tables (table 5). La liberté testamentaire était la conséquence forcée de ce principe, aussi a-t-elle existé de tout temps à Rome. Souverain absolu du foyer domestique, le *paterfamilias* ne devait aucun compte à personne, à ses enfants moins qu'à d'autres, de l'emploi de sa fortune ; si ceux-ci avaient pu élever des prétentions sur la fortune paternelle, ç'aurait été le bouleversement de l'État par le renversement de l'autorité du père de famille.

A l'origine le testament était un acte public dont la validité était soumise à l'approbation du peuple. Le peuple s'assemblait deux fois par an dans ses comices et tout citoyen qui voulait tester devait lui soumettre la teneur de son testament.

Ces mesures imposantes faisaient comprendre au citoyen la grandeur de l'acte qu'il accomplissait ; elles étaient en même temps autant de garanties pour les droits des enfants, car elles inspiraient au père de famille les sentiments d'équité qui doivent diriger l'homme dans la distribution de sa fortune. Telle est la première forme de testament, connue sous le nom de *Testamentum calatis comitiis*, que nous rencontrons à Rome.

A côté du testament *calatis comitiis* existait le

testament *in procinctu*, dont le but était de permettre aux militaires allant au combat d'assurer l'exécution de leurs dernières volontés. Cette forme de tester n'était admise qu'en temps de guerre, et le testateur prenait pour témoins ses compagnons d'armes.

Le testament *calatis comitiis* et le testament *in procinctu* présentaient de graves inconvénients.

Les Comices ne se réunissant que deux fois par an, « bis comitia in anno testamentis faciendis destinata erant » (Gaius, C. II, § 101), les citoyens qui avaient l'intention de tester ne pouvaient le faire dans l'intervalle des deux réunions. De plus, il était impossible de modifier les dispositions de ces testaments, du moment où ils avaient reçu la sanction soit des comices, soit des compagnons d'armes du testateur.

Aussi, à une époque qui nous est inconnue, mais certainement antérieure à la loi des Douze-Tables, un nouveau genre de testament s'introduisit-il, moins solennel que les deux premiers. Il fut admis que le père de famille pourrait disposer sans une intervention sérieuse du peuple, et, à cet effet, la mancipation fut employée; la *mancipatio familiæ* s'est ensuite transformée pour devenir le testament *per æs et libram*. Cette réforme fit du testament un acte absolument privé; la volonté du père de famille, se trouvant ainsi dé-

livrée de toute entrave, constituait seule le droit de tester que nous avons vu plus haut consacré par la loi des Douze-Tables.

D'après le principe formulé par la loi des Douze-Tables, le père de famille pouvait donc, s'il était capable et observait les formalités prescrites, disposer de son patrimoine comme il le voulait et instituer pour héritier tout individu, quel qu'il soit, du moment où il avait la *factio testamenti*. Il lui suffisait de passer sous silence ses propres enfants en puissance pour leur enlever tout droit à sa succession. Ce pouvoir absolu du paterfamilias donna lieu à de graves abus qui s'accroissaient en même temps que l'austérité des mœurs s'altérait ; aussi arriva-t-on à reconnaître la nécessité de mettre un terme aux oublis souvent trop fréquents des pères de famille à l'égard de leurs enfants. Les jurisconsultes (*prudentes*), sans porter la main sur la loi des Douze-Tables, firent introduire dans les testaments des formalités qui, si elles ne portaient pas directement atteinte au principe de la liberté, de tester n'en ménagèrent pas moins les intérêts de la famille.

Pour arriver à ce but, les prudents firent admettre que les enfants *etiam vivo patre* jouissaient d'une sorte de co-propriété dans les biens de la famille, *quodammodo domini existimantur* ; dès lors, le simple oubli du père ne pouvait suffire

à les priver de leur droit, sa volonté expresse seule pouvait les en dépouiller. Le *paterfamilias* se trouva, par suite, dans l'obligation d'exhérer formellement par son testament les enfants soumis à sa puissance ou de les instituer pour une part quelconque, si minime fût-elle. Le défaut d'exhérédation ou d'institution du fils entraînait *ipso jure* la nullité du testament. Le fils devait être exhérédé *nominatim* ; il suffisait, au contraire, d'exhérer les autres descendants par une formule générale : *Cæteri exheredes sunt*. L'omission du fils emportait la nullité immédiate du testament qui, par conséquent, demeurerait sans effet, nonobstant le prédécès du fils, « *etiamsi vivo patre filius defunctus sit, quia scilicet statim ab initio non constiterit institutio* », c'est du moins cette solution, qui, soutenue par les Sabinien, avait, d'après Gaïus, fini par triompher (C. II, § 123). Le testament n'était valable qu'autant qu'il l'eût été si le testateur était décédé au moment même où il venait d'exprimer ses dernières volontés ; cette nullité donnait lieu à la délation de l'hérédité *ab intestat*. L'omission des filles et des petits-enfants produisait un effet bien moins radical ; le testament, en effet, restait valable, mais ils étaient réputés inscrits dans ce testament et ils avaient ce qu'on appelle le *jus accrescendi*.

Il n'est pas possible de déterminer au juste l'é-

poque à laquelle fut introduite cette innovation ; en tous cas, elle était certainement en usage au temps de Cicéron, qui y fait allusion dans son *De oratore* (1, 38).

Le préteur apporta en cette matière plusieurs modifications que je vais brièvement indiquer. D'après l'édit du préteur, le testateur doit instituer ou exhéréder tous les descendants *per masculos*, n'ayant pas la qualité de *sui*, par exemple les enfants émancipés et les enfants donnés en adoption, émancipés par l'adoptant avant le décès du père naturel. Comme sanction à cette règle, le préteur donne au descendant omis ou exhérédé la *bonorum possessio contra tabulas* ; grâce à elle, le testament tombait, et, avec lui, les institutions d'héritier qui étaient non avenues dans la mesure où elles pouvaient nuire aux droits des *bonorum possessores* ; mais il était maintenu dans toutes celles de ses dispositions qui n'étaient pas inconciliables avec les droits accordés aux descendants omis ou irrégulièrement exhérodés. Il n'y avait aucune différence, quant aux effets de cette possession de biens, entre les enfants de l'un ou l'autre sexe. Mais un rescrit d'Antonin le Pieux, rapporté par Gaïus (C. II, 126), décida que les descendants autres que les fils ne pourraient pas obtenir par la *bonorum possessio* une part supérieure à celle qui leur revenait *jure civili*, en vertu du *jus adcrescendi*,

Quant aux formes exigées pour l'exhérédation, le prêteur établit la distinction suivante : les descendants mâles, quel que soit leur degré, doivent être exhérédés *nominatim*, les femmes seules peuvent être valablement exhérédées *inter cæteros*.

Cette mesure, destinée à protéger les enfants en entravant la puissance du père, n'était pas suffisante. Elle se réduisait à une simple formalité et ne restreignait pas au fond la faculté de disposer, puisque le père de famille n'était pas obligé de motiver son exhérédation. Aussi une atteinte plus directe devait-elle être portée à la liberté de tester. On en vint à permettre aux enfants exhérédés de discuter par une action qui mettait en jeu l'existence du testament tout entier le mérite de leur exhérédation. Cette action est la *Querela inofficiosi testamenti*, qui fut une réaction contre l'extrême liberté de tester à la fois plus large et plus énergique que l'exhérédation. « Elle est plus large, dit M. Accarias, car elle n'est pas conçue dans l'intérêt exclusif des descendants par les mâles ; plus énergique, car elle ne se réduit pas à exiger du testateur une formalité matérielle facile à remplir, elle assure dans une certaine mesure le droit de l'héritier légitime qui n'a pas démerité. »

Je diviserai mon étude sur la *Querela* en sept chapitres :

Chapitre I. — Origine et nature de la Querela.

Chapitre II. — Des personnes auxquelles appartient la Querela. Dévolution de la Querela.

Chapitre III. — Des personnes contre lesquelles peut être intentée la Querela. Quelles dispositions sont attaquables.

Chapitre IV. — Conditions requises pour l'admissibilité de la Querela.

Chapitre V. — Effets de la Querela.

Chapitre VI. — Causes d'extinction de la Querela.

Chapitre VII. — Réformes de Justinien. Législation des Nouvelles.

Appendice. — Des donations inofficieuses.

CHAPITRE I^{er}

ORIGINE ET NATURE DE LA QUERELA

§ 1. — SON ORIGINE

« *Inofficiosum dicitur testamentum quod non ex officio pietatis videtur esse conscriptum* (1). »

Le testament inofficieux est donc celui dans lequel le testateur a exhéredé ou omis sans aucun motif légitime des enfants ou des parents que l'affection ou la piété naturelle lui ordonnaient d'appeler à son hérédité. C'est aux Prudents que revient l'honneur d'avoir introduit le droit d'attaquer et de faire annuler les testaments contraires à l'*officium pietatis*.

A quelle époque est née la plainte d'inofficiosité? On ignore le moment exact auquel elle s'est introduite dans les mœurs de Rome; en tous cas, c'est une action qui doit être fort ancienne et son existence ne peut plus être mise en doute au temps de Cicéron. Dans ses *Verrines*, parlant

(1) Paul, *Sentences*, l. IV, t. V.

du testament de P. Annius, il s'exprime en ces termes : « *Jure legibus, auctoritate omnium qui consulebantur, testamentum Annius fecerat non improbum, non inofficiosum, non inhumanum* (1). » Ailleurs, il nous montre les mœurs romaines flétrissant avec sévérité le père de famille qui exhérédait ses enfants sans motif, ce qui se comprend d'autant mieux que, pour cet enfant, l'exhérédation c'était la misère et la privation du culte de ses ancêtres (2). On trouve aussi dans Valère-Maxime la preuve de l'existence de la *Querela* au temps de Pompée (3). Quelle que soit l'époque de la naissance de la *Querela*, il est certain qu'elle était parfaitement organisée au temps de Pline le Jeune, qui nous parle de la procédure à suivre pour faire rescinder un testament inofficieux (4).

D'après Cujas, cette action a une origine législative ; elle aurait été introduite par une loi *Glitia*. Cet auteur se base, pour soutenir son système, sur l'*inscriptio* au Digeste d'un fragment de Gaius (l. V, Dig., de *Inoff. Test.*, Gaius, *libro singulari ad legem Glitiam*). Il s'appuie, en outre, sur certaines expressions de Justinien, qui parle d'anciennes lois, *ex prioribus, ex antiquis legibus*,

(1) 2^e Act. cont. Verrès (I, 42).

(2) *Pro Roscio Asnerino*, 49.

(3) Valère-Maxime, liv. VII, ch. VII, n^o 2.

(4) Pline, VI, 33.

à propos de la *Querela* (Cod., L. III, t. XXVIII, de *Inoff. Test.*, lois 31 et 32). Cette opinion n'a pas été admise par les interprètes du Droit romain, d'abord parce que la loi *Glitia* ne nous est pas parvenue dans ses dispositions, son nom seul nous est connu par l'*inscriptio* du fragment 4 au Digeste. De plus, les expressions elles-mêmes de Justinien démontrent l'inexactitude du système de Cujas. Pourquoi, en effet, ce prince se servirait-il du pluriel et non pas du singulier, *ex priori*, *ex antiquâ lege*, s'il faisait allusion à la loi *Glitia*? Enfin, comme nous le verrons plus loin, la *Querela* est une fiction imaginée pour venir au secours des parents dépouillés de la succession par le testament. Or ce n'est évidemment pas ainsi que procède le législateur qui a le pouvoir de disposer, car il n'a nullement besoin de recourir à une fiction pour faire prévaloir sa volonté.

MM. Laferrière (1) et Troplong (2) attribuent au préteur l'institution de la *Querela*, croyant reconnaître dans cette action une pratique familière à ce magistrat, qui généralement avait l'habitude de recourir à des fictions pour tourner la loi et remédier à ses rigueurs. Cette opinion ne doit cependant pas être admise pour deux

(1) *Hist. du Droit français*, t. II, p. 247.

(2) Préface du titre des *Don. et Test.*

raisons. La *Querela*, tout d'abord, était portée devant le tribunal des Centumvirs qui ne connaissait que d'actions civiles et elle avait pour résultat de dépouiller l'institué de son titre d'héritier, donnant ainsi ouverture à la succession civile et faisant du plaignant un héritier d'après le Droit civil. Si, au contraire, elle était dûe à l'édit du préteur, le plaignant aurait été appelé à la succession par un moyen prétorien; c'est à l'aide d'une *Bonorum possessio* qu'il aurait dû faire valoir ses droits, après avoir obtenu la rescision du testament.

Nous pensons donc, avec la majorité des commentateurs, que la théorie de l'inofficiosité a son origine dans cette partie du droit non écrit, connue sous le nom de *Mores, Usus*. Cette action entra ensuite dans le domaine du Droit civil sous l'influence des Prudents, qui avaient déjà fait admettre des restrictions au principe de la liberté testamentaire écrit dans la loi des Douze-Tables.

Comme la nécessité de l'exhérédation, elle est l'œuvre des jurisconsultes, mais elle procède d'une idée différente; tandis que celle-là est fondée sur l'idée de co-propriété du patrimoine familial entre le père et ses enfants, la *Querela* repose sur la notion des devoirs imposés par la parenté. La première n'était qu'une simple pro-

tection de forme, la seconde est une véritable protection de fond.

Les Prudents imaginèrent de supposer que l'exhérédation ou l'omission sans motif était l'indice de la faiblesse d'esprit du testateur. Justilien, au livre II des Institutes, t. XVIII, nous expose ainsi les motifs de la *Querela* : « *Quia plerumque parentes sine causâ liberos suos vel exheredant vel omittunt, inductum est ut de inofficioso testamento agere possint liberi qui queruntur, aut inique se exheredatos aut inique præteritos, hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerunt, cum testamentum ordinarent.* » Ainsi le père qui « *fecit testamentum non ex officio pietatis* » sera considéré comme n'ayant pas agi dans la plénitude de ses facultés. Par suite de cette fiction (*color*), les héritiers lésés pourront attaquer le testament et le faire tomber à l'aide de la *Querela*, comme contraire aux règles de l'équité. C'est, il ne faut pas l'oublier, à un testament régulier en la forme que s'attaque la *Querela*, car si le *de cujus* avait été réellement en état de démence (*furiosus*), son testament aurait été radicalement nul.

§ 2. — SA NATURE

Le but que poursuit la *Querela* nous en indique la nature. Voici, par exemple, un enfant in-

justement exhérédé; il intente notre action pour faire tomber le testament et recueillir ainsi dans l'hérédité la part à laquelle il aurait eu droit si son père était mort *intestat*. C'est bien là une *hereditatis petitio* dirigée par l'héritier *ab intestat* contre l'héritier testamentaire. Ce caractère est reconnu à la *Querela* par plusieurs textes au Digeste, à notre titre de *Inofficioso Testamento* (l. V, t. II). Ulpien déclare que par la *Querela* le plaignant *debet petere hereditatem* (loi 8, § 8); Scévola décide que celui qui se propose d'attaquer un testament comme inofficieux ne devra intenter aucune autre action que la pétition d'hérédité, *qui vero de inofficioso dicit, nec actiones movere debet, nec aliam ullam quam hereditatis petitionem exercere debet* (loi 20). Ce caractère se trouve, en outre, confirmé par la compétence même du tribunal des Centumvirs, qui, jusqu'à Dioclétien, conserva le privilège de juger toutes les questions d'hérédité.

Mais la *Querela* n'est pas seulement une action en pétition d'hérédité, elle ressemble par certains côtés à l'*actio injuriarum*, car le *Querelans* agit dans la pensée d'une satisfaction due à l'honneur de sa personne. Ce second caractère, comme le premier, est constaté par les textes et il ne saurait y avoir aucun doute sur ce point (l. V, t. II, de Inoff. Test., loi 8 pr., loi 22 pr.). Aussi, comme

l'action d'injures, la *Querela* ne s'exerce-t-elle que dans un court délai ; elle ne se transmet pas aux héritiers de celui qui a été injustement exclu, s'il n'a commencé les poursuites ou s'il n'a, avant sa mort, manifesté l'intention de les exercer ; elle s'éteint si l'offensé pardonne l'injure ou oublie son ressentiment ; enfin, l'issue du procès entraîne toujours une certaine flétrissure, soit pour la mémoire du testateur, si la *Querela* est admise, soit pour le *Querelans*, si, au contraire, elle est rejetée. Aussi ne pouvait-on intenter cette action qu'au cas où il n'existait aucun autre moyen d'arriver à la rescision du testament (*ultimum subsidium*) et le plaignant qui succombait était incapable de rien recevoir en vertu de l'acte de dernière volonté qu'il venait d'attaquer.

La *Querela inofficiosi testamenti* était, comme on le voit, très grave par les résultats qu'elle entraînait, d'autant plus qu'elle portait atteinte à la succession testamentaire qui, à Rome, avait toujours eu le pas sur la succession légitime ; on conçoit dès lors facilement qu'elle n'ait été accordée que subsidiairement et à défaut de toute autre voie de recours contre le testament, et qu'en outre, elle fut sujette à plusieurs modes d'extinction extraordinaires.

CHAPITRE II

DES PERSONNES AUXQUELLES APPARTIENT LA QUERELA. DÉVOLUTION DE LA QUERELA.

Le but de la *Querela* est de faire tomber le testament, or, si ce but est atteint, le résultat sera l'ouverture de la succession *ab intestat*. Par conséquent le droit à cette action se puise toujours dans une vocation *ab intestat* à l'hérédité; peu importe que cette vocation soit fondée sur le Droit civil ou sur le Droit prétorien. On considère avec raison que l'*officium pietatis* n'est pas seulement restreint à la parenté civile et que les liens du sang créent aussi des devoirs. Il n'en faut cependant pas conclure que cette action est accordée à tous les successibles *ab intestat*. Trois ordres de parents, dont nous allons examiner les droits, étaient appelés à en profiter : les descendants, les ascendants, et, dans certains cas, les frères et sœurs.

Descendants. — Tous les descendants injustement exhéredés et appelés à la succession de leur

père, soit *jure prætorio*, soit *jure civili*, peuvent exercer la *Querela*. Il est probable qu'elle ne fut d'abord accordée qu'aux héritiers siens d'après le Droit civil, et cela comme conséquence logique de leur co-propriété dans les biens du père. Mais à l'époque classique elle appartient également à ceux dont la vocation dérive du Droit prétorien, et aussi à tous ceux que le préteur appelait à la *Bonorum possessio contra Tabulas*, quand ils n'avaient pas été régulièrement exhéredés. Telle était la situation de l'enfant donné en adoption ou bien émancipé et même des enfants de cet émancipé. Mais s'il s'agit simplement d'une omission et non d'une exhéredation, le fils ainsi omis ne pourra recourir à la *Querela*, car le préteur lui accorde un autre moyen de se faire mettre en possession de l'hérédité, c'est la *Bonorum possessio contra Tabulas*. Nous savons, en effet, que cette action, étant l'*ultimum subsidium*, était refusée à ceux qui avaient à leur disposition un autre moyen; il n'était évidemment pas convenable qu'un enfant sans une nécessité absolue, portât atteinte à la mémoire de ses parents en les accusant d'avoir manqué aux devoirs de l'affection. C'est pour cette raison que la *Querela* était refusée aux filles et petits-fils omis qui trouvaient dans le *jus accrescendi* un secours suffisant et aussi à l'adrogé impubère émancipé sans cause sérieuse, auquel la

Quarte Antonine permettait d'obtenir une part d'hérédité sans faire tomber le testament.

La situation des enfants donnés en adoption a varié aux diverses époques de la législation.

A l'origine, sous l'empire du Droit civil, l'adopté sortait de la famille de son père naturel pour entrer dans celle de son père adoptif. Il acquérait dans celle-ci les mêmes droits que l'enfant issu *ex justis nuptiis*; il perdait en revanche tout droit sur les biens de son père naturel. L'adoption brisait les liens de la parenté naturelle pour former ceux de la parenté civile. Si le père exhérédait son fils adoptif sans juste cause, celui-ci pouvait faire tomber son testament comme inofficieux. Mais si, avant de mourir, le père avait émancipé son fils adoptif, celui-ci perdait par l'émancipation le bénéfice de l'adoption et devenait étranger à sa nouvelle famille; l'adoption, d'autre part, avait rompu ses liens de parenté avec sa famille naturelle; or, il se trouvait seul, sans parents, privé à la fois de tous droits sur la succession de son père naturel et sur celle de son père adoptif. Le préteur, pour obvier à cet inconvénient, accorda à l'enfant la *Bonorum possessio unde liberi* sur les biens de son père naturel, *perinde admittitur ad bona naturalis patris ac si emancipatus ab ipso esset*; il se trouva alors placé sur la même ligne que ses frères naturels émancipés et il put par la *Querela* faire tomber le testament de son père qui

l'avait injustement exhérédé. Mais ce remède n'était pas suffisant, car l'enfant adoptif pouvait être émancipé après la mort de son père naturel, alors que sa succession avait déjà été recueillie par les héritiers du Droit civil. Justinien vint au secours de l'enfant qui se trouvait dans cette position en réformant les effets de l'adoption par une Constitution insérée au Code (Liv. VIII, T. XLVIII, loi 10). Désormais les enfants donnés en adoption restent dans la famille naturelle ; leurs droits à la succession de leur père naturel ne sont pas altérés et ils ont la faculté d'attaquer par la *Querela* son testament. L'adopté n'acquiert plus qu'un droit éventuel sur la succession de l'adoptant et l'adoptant *extraneus* n'a plus à redouter de sa part l'exercice de la *Querela*.

Le Droit civil n'admettant que la parenté *per masculos*, les enfants n'étaient pas en général dans la famille de leur mère et ils ne lui succédaient que comme cognats, lorsque les agnats n'existaient pas ou quand ils refusaient l'hérédité. Cependant, lorsque la mère tombait *in manu mariti*, elle devenait par rapport à ses enfants nés *ex justis nuptiis loco sororis*, ce qui leur donnait une vocation à son hérédité et droit à la *Querela* en cas d'omission. La mère et les aïeuls maternels, en effet, n'étaient pas tenus d'exhérer leurs descendants ; de la part de ces personnes l'omission produisait

les mêmes effets que l'exhérédation du père, Quant aux enfants naturels et *spurii*, c'est-à-dire ceux qui étaient nés en dehors des *justæ nuptiæ*, ils recevaient du prêteur la *Bonorum possessio unde cognati*. Ce ne fut que plus tard, après le sénatus-consulte Orphitien rendu sous Marc-Aurèle, que les enfants furent directement appelés à la succession de leur mère de préférence aux agnats ; il leur fut alors permis dans tous les cas de faire tomber son testament en prouvant qu'il était contraire à l'*officium pietatis*. « *Et data est tam filio quam filix legitima hereditas, etiamsi alieno juri subjecti sunt : et præferentur et consanguineis et adgnatis defunctæ matris.* » (Inst. III, 4, de S. C. Orphitiano, pr.).

Cette action n'appartient pas seulement aux enfants déjà nés ; les posthumes pouvaient aussi attaquer par la *Querela* le testament de celui dont ils auraient été les héritiers siens, s'ils eussent été nés au moment de son décès. Mais ils devaient être exhérédés puisqu'au cas d'omission le testament se trouvait rompu par leur naissance. Ils avaient un grand avantage sur les héritiers siens déjà nés ; ils étaient, en effet, certains d'avance du succès de leur entreprise, puisqu'ils ne pouvaient avant leur naissance avoir donné aucun sujet de plainte.

Quant aux enfants naturels, quels étaient leurs

droits ? Il leur était permis de critiquer le testament de leur mère, qu'ils soient issus d'un concubinat ou qu'ils ne soient que des *spurii* et cela *quia mater certa est*. Vis-à-vis de leur père, la situation des enfants naturels est toute différente. Aux yeux de la loi romaine, l'enfant naturel est un étranger devant son père, qui ne lui doit absolument rien ; aussi le testament de ce dernier ne pouvait-il être attaqué par la *Querela*, puisque cette action est fondée sur l'oubli de l'*officium pietatis*.

* *Ascendants*. — Si les lois de la nature et les principes de la morale commandent aux parents de ne pas abandonner leurs enfants après leur avoir donné l'existence, la reconnaissance et la piété filiale imposent également à ceux-ci des devoirs à l'égard de leurs parents. Ces idées suffisent à justifier le droit accordé aux parents d'attaquer par la *Querela* le testament du descendant qui les dépouillait au profit d'un étranger. *Nam et si parentibus*, dit Papinien, *non debetur hereditas filiorum, propter votum parentum et naturalem erga filio caritatem turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus quam liberis pie relinquere debet*. (Dig. Loi 5, p. De Inof. Test.). Justinien aux Institutes consacre ce même principe : « *Non autem liberis tantum permissum est testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam paren-*

tibus liberorum. » (Liv. II. T. XVIII § 4). C'est donc bien plus sur le Droit naturel que sur le Droit civil qu'est fondée l'extension de la *Querela* aux ascendants, aussi dans ce cas n'y a-t-il pas lieu de tenir compte de la *potestas*. Les ascendants, en effet, ne sont appelés à la succession de leurs descendants que s'ils sont devenus *sui juris*, puisque, soumis à la *patria potestas*, les enfants n'avaient pas de biens, et quand plus tard, ils en eurent, on ne leur permit pas de laisser d'hérédité *ab intestat* (du moins jusqu'à Justinien). Les seuls biens dont l'enfant eut la libre disposition étaient ceux par lui acquis au service militaire, or, son testament fait à cette époque était à l'abri de la *Querela*, tant qu'il restait militaire et dans l'année suivante. Ainsi il nous faut faire la supposition suivante pour que la *Querela* compète aux ascendants. L'enfant, après avoir été émancipé ou donné en adoption et affranchi ensuite de la puissance du père adoptif ou encore après être devenu *sui juris* par suite de son élévation à certaines dignités, vient à mourir sans descendants en laissant un testament par lequel il dispose de ses biens comme *paterfamilias*. L'ascendant, ayant une vocation à la succession de ses descendants devenus *sui juris* par l'émancipation, pouvait alors attaquer à l'aide de la *Querela* le testament dans lequel il avait été omis.

La mère, dans l'ancien droit, n'était appelée à la succession de son fils qu'au cas où elle se trouvait sous la *manus* de son mari ; elle était vis à vis de ses enfants *loco sororis* et leur succédait comme telle dans l'ordre des agnats. En dehors de cette hypothèse, le Droit civil la considérait comme une étrangère ; le prêteur lui reconnut la *bonorum possessio unde decem personæ*, accordée aux dix cognats les plus proches pour exclure le *manumissor extraneus* (Dig. L. XXXVIII, T. XVI, de suis et legit., loi 10). Enfin le sénatus-consulte Tertullien l'appela directement à la succession que laisserait son fils ou sa fille, mais à la condition qu'elle eut le *jus liberorum*, c'est-à-dire qu'ingénue elle devait avoir été mère de trois enfants et de quatre si elle était affranchie. Mais elle ne recueillait la succession de son enfant que dans le cas où il venait à mourir sans laisser ni descendants ni frères agnats ; elle venait en concours pour une moitié de l'hérédité avec les sœurs. Justinien supprima pour la mère la nécessité d'avoir le *jus liberorum* et, de plus, elle ne fut plus exclue par aucun parent collatéral. Toutes les fois que la mère était appelée à la succession *ab intestat* de son enfant, elle pouvait désormais exercer la *Querela* contre le testament dans lequel ce dernier l'avait omise.

La *Querela* compète aussi à la mère naturelle ;

quant au père naturel qui, avons-nous dit, est *persona incerta*, il ne saurait invoquer l'inofficiosité du testament de son fils.

Frères et sœurs. — Les frères et sœurs forment parmi les collatéraux une classe privilégiée ; seuls, en effet, ils étaient admis à se plaindre du testament qui les exhérédait. Ajoutons de suite que tous ne sont pas appelés à jouir de ce privilège qui n'était accordé qu'aux frères et sœurs consanguins et agnats ; quant aux frères utérins, ils ne l'obtinrent jamais, ce qui prouve que la *Querela* n'est pas toujours la conséquence nécessaire de la qualité de successible. Un tel état de choses n'a rien de surprenant tant que dure le Droit classique, mais on ne s'explique pas que Justinien, qui semblait avant tout vouloir tenir compte dans les successions des liens du sang, n'ait pas songé à faire participer les frères et sœurs utérins à la *Querela*. Cette exclusion résulte d'une Constitution de Constantin insérée au Code : « *Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione testamentum fratris vel sororis penitus arceantur ; consanguinei autem durante agnatione [vel non] testamentum fratris sui, vel sororis de inofficiosi quæstionem movere possunt.* » (De Inof., Code. Test., III, 28, loi 27) !

Les collatéraux privilégiés n'étaient en droit de se plaindre et ne pouvaient avoir l'espoir de triom-

pher dans la *Querela* que si les héritiers institués par le *de Cujus* étaient des *personæ turpes*, c'est-à-dire des personnes ne jouissant pas d'une *integræ existimationis* (comédiens, histrions, gladiateurs, etc.). Cette condition imposait une double tâche au frère ou à la sœur *querelans* ; il leur fallait justifier leur propre conduite et incriminer celle de l'institué.

Les parents intéressés à faire tomber le testament ne pouvaient évidemment pas tous agir à la fois. La *Querela*, nous le savons, annule le testament et donne ouverture à la succession *ab intestat*, *intestatum patremfamilias facit*, dit Ulpien (Dig. V.-2, loi 6, § 1, in fine). Or, les enfants se trouvent placés au premier rang, puis viennent les ascendants et enfin les collatéraux.

CHAPITRE III

DES PERSONNES CONTRE LESQUELLES PEUT ÊTRE
INTENTÉE LA QUERELA. — QUELLES DISPOSITIONS
SONT ATTAQUABLES.

Le but de la *Querela* étant de faire tomber le testament pour donner ouverture à la succession *ab intestat*, il s'en suit que la procédure est ordinairement dirigée contre l'institué. Les descendants et les ascendants n'ont pas à s'inquiéter de la qualité de l'héritier testamentaire ; de nombreux rescrits ont décidé qu'il leur était permis d'attaquer même le testament fait au profit de l'empereur. « *Si imperator sit heres*, dit Ulpien au Digeste à notre titre, *posse inofficiosum dici testamentum, sæpissime rescriptum est.* » (Loi 8, § 2). Il faut faire exception à ces règles en ce qui concerne les collatéraux privilégiés, puisque l'institution d'une personne honorable les privait du droit d'intenter notre action. « *Soror autem et frater turpibus personis scriptis heredibus ex sacris constitutio-*

nibus prælati sunt, non ergo contrà omnes heredes agere possunt. » (Inst. I, 9, de Inof. Tes).

La *Querela* peut être dirigée non seulement contre l'héritier institué, mais encore contre le fisc qui recueille tout ou partie d'une hérédité laissée vacante. En dehors de cette exception, quelques autres nous sont encore indiquées par les textes.

Ainsi l'hérédité a été remise en vertu d'un fidéicommis ; c'est le fidéicommissaire qui sera mis en cause, comme s'il détenait les biens en qualité d'héritier ou de possesseur. (Code, III, XXVI, de Inof. Test., loi 1).

Un père de famille a deux enfants ; il émancipe l'un d'eux qu'il omet dans son testament tandis qu'il exhérède celui qui est resté sous sa puissance. Le fils émancipé, dénué de tout secours en droit civil, s'adresse au prêteur qui lui permet par la *bonorum possessio contrà Tabulas* de se mettre en possession de tous les biens de l'hérédité. Le fils resté en puissance et exhérédé par le testateur aura contre son frère la plainte d'inofficiosité par laquelle il revendiquera la moitié de l'hérédité. (Dig. XXXVII, IV, de bonorum posses. cont. Tab., loi 20).

Celui qui intente la *Querela* doit, pour obtenir gain de cause, établir l'injustice de l'omission ou de l'exhérédation ; c'est là une application

de la règle « *onus probandi incusubit ei qui dicit.* »

En règle générale tout testament peut être attaqué par la *Querela*, du moment où il renferme l'expression d'un sentiment contraire à l'*officium pietatis*. Ce principe cependant n'est pas absolu et souffre quelques exceptions.

Les militaires, ici comme sur beaucoup d'autres points, jouissaient d'un traitement de faveur ; le testament inofficieux d'un militaire, en effet, ne pouvait jamais être attaqué par la *Querela*. Il ne saurait y avoir aucun doute à cet égard, car les textes sont formels. « *De inofficioso testamento militis dicere nec miles potest.* » (Dig. V, 2, loi 27, § 2). Ainsi, d'après cette loi, aucune plainte n'est possible, quand bien même le *querelans* aurait la même qualité que le testateur « *Testamentum militis filiifamilix in castrensi peculio factum neque a patre neque a liberis ejus per inofficiosi querelam rescindi potest.* » (Code, III, 28, loi 24). Mais cette faveur ne profitait qu'au militaire mort *in militiâ*, c'est-à-dire en activité de service ou dans l'année de son congé. Quoiqu'il en soit, ce privilège n'en avait pas moins une grande étendue puisque les enfants eux-mêmes du testateur ne pouvaient demander la rescision de son testament comme inofficieux. Justinien restreignit ce privilège des militaires ; la faveur dont ils jouissaient

ne s'appliqua plus qu'aux testaments faits *in expeditionibus* et au cas où le militaire mourait en campagne ou bien dans l'année de son retour (Ulpien, Regulæ, XXIII, 10, quemadmodum testamenta rumpantur).

Le testament fait par un fils de famille sur son *peculium castrense* ne peut pas davantage être attaqué par le père de famille, qui n'a aucun droit sur les biens composant ce pécule. Ce point s'explique facilement, car le droit à la *Querela*, avons-nous dit, exige la vocation à la succession légitime, or le fils de famille ne laisse pas d'héritiers *ab intestat* et, s'il ne teste pas, son père recueille les biens dans le pécule non pas *jure hereditario*, *sed jure peculii*. « *Ex nota Marcelli constat, nec patribus aliquid ex castrensibus bonis filiorum deberi.* » (Dig. XLIV, 17, de castrensi peculio, loi 10.)

Enfin il existe une dernière exception relative à la substitution pupillaire. « La substitution pupillaire, dit M. Accarias, est une institution d'héritier que le père de famille fait pour son fils impubère, en prévision du cas où, celui-ci lui ayant survécu, viendrait ensuite à mourir encore impubère, par conséquent incapable de tester (1). »

Lorsque le père de famille, faisant ainsi le testament de son fils, manquait à l'*officium pietatis*, les

(1) Droit romain, t. I, 1^{re} édition, n° 366.

personnes injustement écartées de la succession n'avaient pas le droit de s'en plaindre. Ulpien nous cite deux espèces : « *sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit; et ita Papinianus respondit: Nec patris, frater: quia filii testamentum est; ergo nec frater impuberis, si patris non dixit....* » (Dig., de Inof. Test., loi 8, § 5). Ainsi la mère omise dans le testament de son fils impubère ne pourra l'attaquer comme inofficieux, car ce n'est pas lui-même qui a testé, mais bien son père, *quia pater ei hoc fecit*. Pour le même motif, le frère de cet impubère exhéredé sans juste cause ne pourra, si celui-ci décède avant l'âge de la puberté et après la mort de son père, attaquer son testament. Mais il pourra attaquer le propre testament du père qui l'a exhéredé injustement et, s'il le fait rescinder, il anéantira par là-même la substitution pupillaire, car, dit Justinien « *pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti, ad eo ut, si patris testamentum non valebit, ne filii quidem valebit.* » (Inst. II, 16, de pupillari substitutione, § 5). Cependant, au cas d'une rescision partielle du testament, la substitution pupillaire demeure valable, « *nisi si pro parte patris rescisum est, dit Ulpien, tunc enim pupillare valet.* »

CHAPITRE IV

CONDITIONS REQUISES POUR L'ADMISSIBILITÉ DE LA QUERELA.

La vocation à la succession *ab intestat* est, avons-nous déjà dit, la base fondamentale du droit à la *Querela Inofficiosi Testamenti*; le *Querelans* doit donc avant tout être héritier légitime. Ceci rappelé, nous abordons l'étude des conditions auxquelles est subordonné le succès de cette action intentée par le légitimaire. Il y en a trois :

1° L'omission ou l'exhérédation doit avoir été faite sans juste cause.

2° L'héritier exhérédé ou omis ne doit trouver, soit dans le Droit civil, soit dans la Législation prétorienne, aucune autre voie pour arriver à l'hérédité.

3° Le plaignant enfin ne doit pas avoir reçu du testateur par acte de dernière volonté le quart au moins de sa part héréditaire *ab intestat*.

Première condition

Le testament doit être contraire à l'*officium*

pietatis, c'est-à-dire qu'il faut que l'omission ou l'exhérédation ne puisse s'expliquer par aucune cause sérieuse. Recherchons d'abord quelles sont les justes causes d'exhérédation et nous nous demanderons ensuite à qui incombe la preuve.

Les causes légitimes d'exhérédation ou d'omission n'étant limitativement déterminées par aucun texte, le juge jouissait de la plus grande latitude d'appréciation. Cependant certains cas prévus par les textes peuvent nous donner une idée des motifs qui constituaient de justes griefs ; nous citerons quelques exemples empruntés au titre de *Inofficioso Testamento* au Code. Les faits pour un fils de se faire gladiateur (loi 11), pour une fille de se livrer à la débauche (loi 19), pour des enfants d'avoir empêché leur mère de faire son testament (loi 23), pour une mère d'avoir tendu des embûches à son fils ou de s'être associée à ses ennemis (loi 28) sont autant de raisons qui peuvent justifier l'omission ou l'exhérédation. Mais ce sont là des décisions d'espèces desquelles il ne paraît pas possible de dégager un principe général ; toutefois nous croyons pouvoir dire qu'avant tout les Centumvirs devaient examiner la conduite du *Querelans* à l'égard du testateur.

Les enfants peuvent être punis pour les fautes de leurs parents ; il n'est pas nécessaire, comme on pourrait le croire d'après un passage de Try-

phoninus « *sed totum de filii meritis agitur* », (Dig. V, 2, loi 22 pr.), que les faits d'ingratitude soient personnels à l'exhéréhé. Il est bien certain que les enfants sont responsables des fautes de leurs parents ; c'est ainsi que, si un petit-fils a été exhéréhé par son aïeul parce que son père prédécédé a eu des torts envers son propre père testateur, cela justifie suffisamment l'exhéhé. Ulpien le décide formellement : « *Nec enim minus in hoc nepotē is, qui de inofficioso cogniturus est, merita nepotis, quam patris ejus delicta perpendet.* » (Dig. V, 2, loi 3, § 5, in fine). Paul admettait également cette règle ; une mère, selon lui, pouvait valablement omettre son fils en bas-âge en se fondant sur la mauvaise conduite du père sous la puissance duquel se trouvait cet enfant. Justinien, qui nous rapporte cette décision du jurisconsulte Paul, la blâme énergiquement et déclare qu'à l'avenir on ne pourra plus opposer au demandeur en inofficiosité que des faits personnels. « *Legis autem veteris iniquitatem tollentes, ut non diutius erubescat lex posita (quam Julius Paulus in suis scripsit Quæstionibus) hanc piissimam aggredimur sanctionem... hoc iniquum judicantes, ut alieno odio alius prægravetur, penitus delendum esse sancimus... satis enim nobis crudele esse videtur, eum, qui non sentit, ingratum existimari.* » (Code, III, 28, loi 33, § 1). Justinien avait raison car, de son

temps, un tel principe était injuste et illogique ; mais en était-il de même à l'époque antérieure à Constantin, quand le père acquérait tout ce qui advenait à son fils et que le législateur n'avait pas encore consacré le droit de ce dernier sur les *bona adventitia* ?

L'omission pouvait encore provenir d'une erreur du testateur ; quoique, dans ce cas, il n'eût pas manqué à l'*officium pietatis*, la *Querela* était cependant accordée à l'héritier ; c'est Ulpien qui nous l'apprend : « *De testamento matris quæ existimans periisse filium alium instituit heredem, de inofficioso queri potest.* » (Dig. V, 2, loi 28). Mais ce n'est qu'autant que l'institué est un héritier externe que le testament doit tomber, car, si la mère avait institué les frères et sœurs de l'enfant omis, celui-ci obtenait sa part au moyen du *jus accrescendi*, ce qui évitait la rescision du testament (Code, III, 28, loi 3).

Ulpien nous apprend que fréquemment le *paterfamilias*, afin d'éviter à son fils impubère la responsabilité, les embarras d'une succession compliquée et les nombreuses charges qui en dépendaient, l'exhéredait en lui laissant un fidéicommis pour l'époque de sa puberté. « *Multi non notæ causæ exheredant filios, nec ut eis absint, sed ut eis consulant (ut puta impuberibus) eisque fideicommissariam hereditatem dant.* » (Dig. XXVIII,

2, de lib. et post. hered. inst. vel exher., loi 18). L'intérêt seul de l'héritier dans ce cas ayant dicté l'exhérédation, on la considérerait comme *bona mente facta* et la *Querela* était refusée au fils exhérédé.

Mais qui prouvera que l'exhérédation a été ou non méritée?

Certains auteurs ont voulu à cet égard établir une distinction entre les ascendants et les descendants ou les collatéraux. — Si la *Querela* est exercée par un ascendant, celui-ci n'aura pas à faire la preuve de l'iniquité de son omission dans le testament de son descendant, car il est peu vraisemblable qu'un ascendant puisse donner à ses enfants de justes motifs de plainte; l'iniquité est présumée et c'est à l'institué à prouver qu'il y avait de justes motifs d'omission.

Pour soutenir cette opinion on invoque une constitution de Constantin, aux termes de laquelle l'exhérédation d'une mère par son fils, quoique invraisemblable au premier abord, peut être justifiée par la conduite qu'elle a tenue envers son fils (1). *Si mater*, dit l'Empereur, *inhonestis factis atque indecentibus machinationibus filium forte obsedit, insidiisque eum vel clandestinis vel mani-*

(1) Vernet, *Traité de la quot. disp.*, p. 120; — Boissonade, *Histoire de la Réserve héréditaire*, p. 131.

festis appetiit, vel imminis ejus suas amicitias copulavit, atque inaliis sic versata est ut inimica ejus potius quam mater crederetur; hoc probato, etiam invita acquiescat filii voluntati. » (Code, III, 28, loi 28). L'argument porte sur les mots *hoc probato* qui, croyons-nous, doivent ainsi se traduire : la preuve des faits étant faite ; mais, comme le fait remarquer M. Demangeat, Constantin ne dit point du tout que l'ascendant qui attaque comme inofficieux le testament de son descendant est toujours dispensé du fardeau de la preuve ; il dit simplement qu'il peut arriver que même l'omission d'une mère dans le testament de son fils se trouve justifiée par les circonstances, par la conduite de la mère, de manière que le testament ne soit pas inofficieux (1).

Nous nous rallions à l'opinion générale suivant laquelle le fardeau de la preuve incombe toujours au *Querelans* sans distinguer s'il est ascendant ou descendant. C'est donc au plaignant à établir dans tous les cas l'injustice de l'omission ou de l'exhérédation ; c'est, en effet, d'après le Droit commun, le demandeur qui doit fournir la preuve des faits qu'il allègue et aucun texte en notre matière ne déroge à ce principe : « *Onus probandi incumbit ei qui dicit.* »

(1) Demangeat, *Cours de Dr rom.*, t. I, p. 743.

Deuxième condition

La *Querela* est un *ultimum remedium*, une dernière ressource offerte à l'héritier *ab intestat*, aussi, s'il trouve dans le Droit civil ou le Droit prétorien un autre moyen d'arriver à la succession, devra-t-il s'en contenter, quand bien même il ne pourrait par cette voie atteindre le but qu'il visait. « *Tam autem naturales liberi, quam, secundum nostrae constitutionis divisionem, adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt. Nam qui alio jure veniunt ad totam hereditatem, vel partem ejus, de inofficioso agere non possunt. Postumi quoque, qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.* » (Inst., II, 18, § 2). De ce principe ainsi posé par Justinien découlent plusieurs conséquences.

Les filles et les petits-enfants en puissance omis par le testateur ne sont pas admis à la *Querela*, car le Droit civil leur offre la ressource du *Jus accrescendi* et le Droit prétorien met à leur disposition la *Bonorum possessio contra tabulas*. La *Querela* n'est pas davantage accordée au fils émancipé omis par son ascendant, car il peut demander la *Bonorum possessio contra Tabulas*; il en est de même de l'adrogé impubère qui a été

exhérédié, car il a droit à la Quarte Antonine. Notons que dans ces trois cas le réclamant est plus favorablement traité que s'il exerçait la *Querela*, en ce sens qu'il n'a pas besoin d'établir l'injustice de l'omission ou de l'exhérédation. A plus forte raison la *Querela* est-elle refusée comme inutile à l'enfant qui peut venir à titre d'héritier légitime soit à cause de la nullité du testament, soit à cause du refus des institués de faire addition.

Troisième condition

L'héritier légitime ne doit pas avoir reçu par acte de dernière volonté une part quelconque de l'hérédité ; sinon il ne serait plus possible de prétendre que le testateur a violé l'*officium pietatis* « *nam qui ad partem hereditatis veniunt de inofficioso agere non possunt.* »

Mais quelle était cette partie de l'hérédité ? Dans les premiers temps de l'existence de la *Querela*, les Centumvirs avaient un pouvoir discrétionnaire d'appréciation ; suivant les circonstances ils jugeaient si la part laissée à l'enfant était suffisante et si le testament avait été fait *secundum officium pietatis*. Plus tard, à une époque qu'il est difficile de préciser exactement, on déterminâ d'une manière uniforme cette portion ; elle fut fixée au quart de la part qu'aurait eu l'hé-

ritier légitime si le défunt était décédé *ab intestat*; ce fut la *quarta pars legitimæ hereditatis*; par abréviation on l'appela quarte légitime ou encore plus simplement *légitime*. Le but du législateur était donc bien moins de contraindre le testateur à instituer ses enfants que de l'empêcher de les dépouiller complètement, aussi le légitimataire, institué pour une part inférieure au quart de son droit à la succession *ab intestat*, pouvait-il se plaindre par la *Querela*, sinon il eût été trop facile à l'ascendant d'éluder la règle en instituant ses enfants pour une fraction dérisoire, par exemple *ex millesimâ parte*. Paul fait allusion à cette idée dans le texte suivant : « *Filius ex assè heres institutus, inofficiosum dicere non potest, nec interest exhausta, nec ne sit hereditas, cum apud eum quarta an legis Falcidiæ an S. C. Pegasiani beneficio sit remansura.* » (Sent., IV, 5, § 5). Dans ce cas, quoique le fils ne reçoive pas, par acte de dernière volonté, le quart des biens héréditaires, la *Querela* lui est refusée, puisqu'il peut toujours obtenir ce quart en faisant subir la réduction légale aux légataires et aux fidéicommissaires. En outre, il n'était pas nécessaire que cette portion d'hérédité, *quarta bonorum pars*, fût laissée par une institution d'héritier; un legs, un fidéicommiss, une donation à cause de mort et même, dans certains cas, une donation entre-vifs,

suffisaient pour écarter la *Querela*. « *Igitur quartam quis debet habere, dit Justinien, ut de inofficioso testamento agere non possit, sive jure hereditario, sive jure legati, vel fideicommissi, vel si martis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos, in iis tantummodo casibus quorum mentionem nostra fecit constitutio, vel aliis modis qui constitutionibus continentur.* » (Just. II, 17, § 6).

La quarte légitime fut déterminée sous l'influence de la loi Falcidie qui avait été votée en l'an 714 de Rome. Cette loi, se préoccupant de la situation faite à l'institué surchargé de legs, décidait qu'à l'avenir il ne serait tenu de les payer que jusqu'à concurrence des trois quarts de l'hérédité ; il était ainsi assuré de toujours obtenir le quart au moins de la succession. M. Accarias nous donne le motif pour lequel le législateur s'est arrêté à ce chiffre du quart : « Si le père eût institué son enfant pour la totalité de sa part *ab intestat*, il aurait pu, d'après la loi Falcidie, le grever de legs, comme un institué quelconque, jusqu'à concurrence des trois quarts de l'institution ; il l'eût donc ainsi réduit au quart de ses droits d'héritier légitime. Or il n'était pas admissible que l'enfant exhéredé eût un droit plus fort que l'enfant institué ; la quarte légitime n'est donc qu'une émanation de la quarte Falcidie et l'analogie apparaît avec évidence dans la manière même dont on la

calcule » (1). Cette analogie est si frappante que plusieurs textes semblent les confondre et appellent fort improprement la quarte légitime quarte Falcidie. Comme la *Querela*, la légitime est donc l'œuvre des Prudents et c'est à tort que Cujas l'attribue à Marc-Aurèle, surtout en présence du passage suivant d'une lettre de Pline le Jeune qui y fait allusion : « *Si mater te ex quarta scripserit heredem, nam queri posses ? sufficere tibi debet si exheredatus a matre, quartam partem hereditate ejus accipias* » (2).

Ainsi donc la légitime est la portion de biens qui doit avoir été attribuée par le *de cujus* à certains proches parents que nous avons énumérés plus haut pour qu'ils soient exclus de la *Querela*, même au cas où ils n'ont pas démérité. De plus, cette légitime est fixée au quart de la part que l'héritier eût recueilli *ab intestat*. Les textes sont formels sur ce point : « *quarta portio liberis praestanda est ut ab inofficiosi querelâ excludantur* » Paul, Sentences, IV, 5, § 6), et encore « *autem quarta debitæ portionis sufficit ad excluendam querelam.* » » Dig. V, 2, loi 8, § 8). Par ce moyen le testateur remplit son devoir et retire à ses héritiers légitimes le droit de se plaindre que sans

(1) Précis de Dr. rom., 3^e édit., t. I, p. 893.

(2) Pline le Jeune, Epist. V, I. — Cet écrivain vivait sous Trajan.

cela ils auraient pu faire valoir ; en se conformant à cette disposition de la loi il évite à son testament les chances d'un procès et il ne s'expose pas à mourir *intestat*.

Quelles règles suivait-on pour le calcul de la légitime ?

Les règles suivies pour déterminer la légitime étaient les mêmes que celles observées dans le calcul de la quarte Falcidie. Il fallait d'abord établir l'actif brut héréditaire ; on comprenait dans une même masse les biens corporels, les créances (même celles contre l'héritier) et les biens qui avaient fait l'objet de legs, de fidéicommiss ou de donations à cause de mort. On ne s'inquiétait nullement des biens sortis du patrimoine du défunt par donations entre-vifs ; elles devaient être respectées et n'entraient point en ligne de compte pour la légitime. Cela s'explique très bien ; le but de la *Querela*, en effet, était de protéger les héritiers du sang contre les dispositions testamentaires qui les privaient injustement de l'hérédité, c'est-à-dire des biens composant le patrimoine du défunt au jour de son décès ; or la quarte, qui empêchait l'exercice de cette *Querela*, devait donc s'appliquer aux mêmes biens. Toutefois je dis dès maintenant que plus tard il fut permis d'attaquer les libéralités entre-vifs par la *Querela inofficiosæ donationis* que nous examinerons dans un appendice à la fin de notre étude.

L'actif brut ainsi établi on déduisait : 1° les dettes du défunt en y comprenant celles dont son patrimoine pouvait être grevé envers l'héritier; 2° les frais funéraires; 3° la valeur des esclaves affranchis par le testament. Ces esclaves ne faisant pas partie de l'actif net sur lequel devait être calculé la légitime, il en pouvait résulter des conséquences fort rigoureuses pour les héritiers du sang. Supposons, en effet, un père dont la fortune consistait en majeure partie en esclaves, il lui était facile, en les affranchissant tous par son testament, de frustrer dans une large mesure son héritier et de rendre illusoire la légitime. Tant que subsista la loi Fusia Caninia, cet inconvénient était amoindri par les limitations qu'elle imposait aux affranchissements testamentaires (1). Mais Justinien abrogea cette loi et les maîtres eurent à l'avenir la liberté d'affranchir par testament tel nombre d'esclaves qu'il leur plut; les pères de famille eurent alors le moyen, au cas où la majeure partie de leur fortune se composait d'esclaves, de réduire

(1) La loi Fusia Caninia portée en l'an 761 de Rome restreignait comme il suit la liberté des affranchissements testamentaires : le maître qui avait deux esclaves pouvait les affranchir tous les deux; cette faculté était réduite à la moitié jusqu'à dix esclaves; au tiers jusqu'à trente, au quart jusqu'à cent, au cinquième jusqu'à cinq cents; au-dessus de ce chiffre le maître n'en pouvait jamais affranchir plus de cent.

à peu de choses ce qu'ils laissaient à leurs héritiers.

Il n'y avait plus ensuite qu'à prendre la quatrième partie de cet actif net (biens existant dans l'hérédité à la mort du testateur, déduction faite des dettes du défunt, des frais funéraires et des affranchissements contenus dans le testament) et le quart ainsi obtenu formait la légitime, c'est-à-dire la part à laquelle avait droit l'héritier *ab intestat*.

« *Cum quæritur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspicitur.* » (Code, III, 28, loi 6). C'est, d'après ce texte, au moment de la mort du testateur qu'il fallait se placer pour déterminer les biens formant le patrimoine et fixer leur valeur. Cette règle était équitable, car c'est à ce moment-là que les biens de la succession ont leur consistance définitive; si, au contraire, on eût choisi le jour de l'adition, qui pouvait varier au gré de l'héritier, on eût soumis les variations mêmes du chiffre de la légitime à la volonté de l'institué. Tel est le principe duquel je déduis les conséquences suivantes. Il n'y a pas lieu de tenir compte des améliorations ou des diminutions postérieures à la mort du testateur, sinon celui-ci n'eût jamais été assuré de la validité de son testament qui se serait trouvé à la merci des

événements qu'il n'aurait pas pu prévoir. Il en était tout autrement des changements qui pouvaient se produire entre la confection du testament et le décès du testateur ; le légitaire avait alors le droit de se plaindre si le *de Cujus* n'avait pas pris le soin de modifier son testament et de rétablir sa quote d'après les diminutions subies par les biens qui lui avaient d'abord été attribués.

L'enfant, avons-nous dit, doit avoir reçu sa quote par une libéralité de dernière volonté, c'est-à-dire par voie de disposition testamentaire ou de donation *mortis causâ*. Nous en concluons qu'au cas même où le testateur lui aurait fait des donations entre vifs plus considérables que sa quote, cet enfant n'en conserverait pas moins le droit d'exercer la plainte d'iniectiosité, décision étroitement corrélatiue à cette idée que les biens donnés entre vifs à des étrangers ne comptent pas dans la masse dont le quart est dû au légitaire.

Mais que décider lorsque l'ascendant donateur a formellement exprimé que la valeur des biens donnés s'imputerait sur la légitime? Ulpien, répondant à cette question, décide expressément que le légitaire ne pourra pas recourir à la plainte d'iniectiosité : « *Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hoc tamen contemplatione, ut quartam habeatur, potest dici iniectiosi querelam, cessare, si quartam in donatione habet.* » (Dig.

V, 2, pr. loi 25). Cette solution nous semble devoir être adoptée. Il est, en effet, tout naturel qu'un fils tienne compte d'une charge absolument licite que lui impose son père donateur ; c'est, en outre, une décision conforme au principe qui admet la validité des conventions sur succession future, quand elles sont faites avec l'agrément de celui-là même, dont la succession est en jeu. M. Accarias méconnaît la condition imposée par le donateur et, à l'appui de son opinion, il invoque deux textes qui, si au premier abord ils paraissent contraires au texte d'Ulpien, ne peuvent, à notre avis, être invoqués dans la circonstance, car ils ne prévoient pas notre espèce. C'est d'abord un fragment de Papinien : « *Pater instrumento dotali comprehendit, filiam ita dotem accepisse ne quid aliud ex hereditate patris speraret ; eam scripturam jus successionis non mutasse constitit ; privatorum enim cautionem legum auctoritate non censeri.* » (Dig. XXXVIII, 16, loi 16). Il s'agit ici d'un père, qui, en constituant une dot à sa fille, lui impose cette condition *ne quid aliud ex hereditate patris speraret*. Une telle clause, de l'avis du jurisconsulte, est sans valeur ; il s'agit, en effet, d'une renonciation à une succession, mais il n'est nullement question d'une donation entre vifs faite par le testateur au légitimaire sous la condition de l'imputer sur la quarte. Paul de son côté statue

sur l'hypothèse suivante : un père fait une donation entre vifs à son fils en exigeant qu'il renonce à attaquer son testament par la *Querela* ; ce pacte, selon lui, n'éteint pas la plainte d'inofficiosité. Ici non plus il n'est pas question d'imputation mais simplement de la renonciation à la *Querela* : « *Pactionalis ne de inofficioso testamento dicatur, querelam super iudicio futuram non excludit, meritis enim liberos quam pactionibus adstringi placuit.* » (Sent. IV, 5, § 8). C'est du reste, ajoute M. Accarias, l'opinion définitivement consacrée sous Justinien. La loi 35, § I (Code, de Inof. Test.) confirme cette doctrine d'après laquelle la plainte d'inofficiosité était admise dans le cas d'une donation entre vifs avec clause d'imputation sur la quarte. Justinien, dans la première partie de cette loi, s'occupe d'une renonciation anticipée à la *Querela* et, adoptant sur ce point l'opinion de Papinien, il décide qu'une pareille convention sera sans effet. Quant à la transaction dont il parle à la fin « *sed hoc ita admittimus nisi transactiones ad heredes paternos filius celebraverit, in quibus apertissime iudicium patris agnoverit* », il faut l'entendre comme il suit : le donataire conservera toujours le droit de reconnaître comme lui donnant satisfaction les dispositions prises par son père à son égard, auquel cas il aura la faculté de transiger avec les héritiers.

Il existe certains cas exceptionnels dans lesquels l'imputation était admise, même au cas de donations entre vifs. L'empereur Zénon avait décidé que les biens constitués en dot ainsi que ceux formant l'objet d'une donation *ante nuptias* seraient imputables sur la quarte (Code, III, 28, loi 29) et Justinien déclara également imputable sur la dot la donation faite *ad emendam militiam*, c'est-à-dire pour subvenir à l'achat d'une charge militaire (Code, III, 28, loi 30, § 2.

L'héritier pouvait n'avoir pas reçu sa légitime entière malgré l'intention formelle du testateur de la laisser. Celui-ci, en effet, lors de la confection de son testament, ignorait peut-être l'importance de sa fortune ou bien encore, des acquisitions postérieures, étant venues augmenter son patrimoine, il se trouvait surpris par la mort sans avoir le temps de refaire son acte de dernière volonté. En pareil cas, le droit classique admettait la *Querela*. Constantin décida que cette action serait refusée à l'héritier, si la disposition était accompagnée de la clause expresse « *ut quarta arbitrato viri boni repletur*, que sa part soit complétée selon l'arbitrage d'un homme de bien » ; dans ce cas le légataire n'avait qu'une action en complément. Justinien, allant plus loin, décida que cette clause serait sous-entendue dans toutes libéralités imputables sur la quarte. Désormais donc l'admis-

sibilité de la *Querela* supposait que l'enfant n'avait absolument rien reçu *mortis causâ* (Inst. II, 18, § 3). S'il avait reçu la moindre chose, il ne lui était plus permis que d'exiger le complément de la quarte et, dans ce but, on lui accordait sans doute une *condictio ex lege*, conformément à ce principe posé par Paul : « *Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.* » (Dig., XIII, 2). L'action en complément diffère de la *Querela* sous de nombreux rapports. Elle est personnelle contre l'institué et ne peut être assimilée à une *petitio hereditatis*. Elle ne réduit pas à néant le testament pour donner ouverture à la succession *ab intestat*. En outre elle se transmet toujours aux héritiers de l'ayant droit, elle n'est pas limitée à un court délai et elle laisse intacte la disposition testamentaire faite au profit du légittimaire.

Je dois, avant de terminer mes observations sur la légitime, me demander quelle était sa nature ? Était-elle *pars bonorum*, c'est-à-dire une portion de biens attribuée au légittimaire en sa seule qualité de parent, ou bien était-elle une *pars hereditatis*, c'est-à-dire une quote-part de l'hérédité que l'héritier du sang ne pouvait réclamer qu'autant qu'il se portait héritier ? Dans le premier cas, cet héritier du sang, simple créancier de la succes-

sion, n'était tenu des dettes qu'*intra vires bonorum* ; dans le second, au contraire, il en répondait indéfiniment *ultra vires*. Les jurisconsultes romains ne semblent pas avoir eu un système bien arrêté sur ce point, car dans certains textes la légitime est désignée par l'expression *pars bonorum* (1) ; il en est d'autres qui la qualifient de *pars hereditatis* (2). Vinnius, pour concilier ces différents textes, a proposé un système intermédiaire, que nous croyons devoir adopter par suite de la co-existence des différents modes au moyen desquels le testateur pouvait laisser la légitime. Était-elle laissée à titre de legs, de fidéicommiss ou de donation *mortis causâ*, elle ne constituait pas une portion de l'hérédité et c'est avec raison que, dans ce cas, les textes la qualifient de *pars bonorum*. Mais si elle était laissée à titre d'institution, elle constituait alors une quote-part de l'hérédité ; c'est à ce cas que doivent se rapporter les textes qui la désignent sous le titre de *pars hereditatis*.

(1) Code, III, 26, lois 6, 2, 29, 30, § 2.

(2) Just. II, 17, § 3.

CHAPITRE V

EFFETS DE LA QUERELA.

L'action intentée par le légitimaire a été admise et le jugement, reconnaissant bien fondée la plainte, a déclaré le testament contraire à l'*officium pietatis*. Quel sera l'effet de ce jugement ? Son effet immédiat est l'annulation du testament ; la succession *ab intestat* s'ouvrira au profit de l'héritier légitime, car la *Querela* qui réussit « *patrem-familiam intestatum facit* » suivant l'expression d'Ulpien. Ainsi donc la principale conséquence d'une sentence qui rescinde un testament comme inofficieux est de donner ouverture à la succession *ab intestat*, aussi le *Querelans*, qui voudra profiter de sa victoire, devra-t-il prouver qu'il est le plus proche héritier du *de cujus*, car il est à remarquer que celui-là ne bénéficiera pas toujours de l'action qui l'aura intentée : « *Si quis ex his personis, quæ ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit (nemo casu enim cum repellit) et obtinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent*

ab intestato successionem. » (Dig. V, 2, loi 6, § 1). Le jugement dans ce cas a donc en quelque sorte un effet absolu quand, en règle générale, l'effet de la chose jugée est limité aux seules personnes en cause « *Res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest.* » Laissant de côté cette particularité, nous dirons que l'hérédité est acquise au *Querelans* qui, prenant le lieu et place de l'institué, recueillera tout l'actif et assumera la charge de tout le passif. Les créances et les dettes de l'institué vis-à-vis de la succession qui s'étaient trouvées éteintes par confusion revivront désormais comme s'il n'avait pas fait adition (Dig. V, 2, loi 21, § 2). Bien plus la possession de biens *contra Tabulas* se trouve anéantie, *ad irritum recidit*, ce qui se comprend puisque le testament contre lequel avait été donnée cette possession de biens est lui-même anéanti. Papinien prévoit une hypothèse de ce genre : un père a obtenu la possession de biens contre le testament de son fils, mais la fille de ce dernier par lui exhéredée obtient la rescision du testament pour inofficiosité, l'hérédité toute entière doit lui être restituée, « *et ideo universam hereditatem filiae cum fructibus restitui necesse est.* » (Dig. V, 2, loi 16, § 1). Toutes les dispositions d'un testament dépendaient, nous le savons, de l'institution ; aussi, du moment où elle tombait, le testament n'existait plus et par suite

les legs et les affranchissements, subissant le même sort, la suivaient dans sa chute.

Pendant il n'était pas toujours possible de rétablir les choses comme s'il n'y avait pas eu de testament. L'héritier institué s'était mis, je le suppose, en possession des biens du *de cujus*; ne croyant pas à une plainte des héritiers du sang dont il ignorait peut-être l'existence, il a acquitté les legs. Devra-t-il alors rendre l'hérédité toute entière en prenant pour lui les risques de l'insolvabilité des légataires ou bien restituer au légitimaire ce qu'il a conservé de l'hérédité en lui laissant le soin de répéter ce qu'il a indûment payé ?

Des rescrits d'Adrien et d'Antonin le Pieux avaient tranché cette difficulté par une distinction. Les legs payés étaient soumis à l'action en répétition, mais « *soluta repetuntur ab eo qui solvit aut ab eo qui obtinuit*, » dit Ulpien. (V, 2, loi 8 § 16). Ainsi si le paiement a été effectué avant le procès, c'est au *Querelans* victorieux qu'il appartient d'exercer la répétition et par conséquent c'est à lui qu'incombent les risques de l'insolvabilité des légataires. Dans ce cas l'institué se libérera en abandonnant au légitimaire les choses héréditaires et il lui transmettra son action contre les légataires en le constituant *procurator in rem suam*. Le légitimaire eut même une *condictio indebiti utilis*, ce qui, dès lors, rendait superflue

la cession. Si, au contraire, l'*heres scriptus* n'avait payé les legs qu'après l'introduction de l'instance, c'était à lui de subir les conséquences de l'insolvabilité des légataires. Le légitimaire avait alors le droit de lui réclamer non seulement les choses héréditaires mais encore celles qu'il avait dépensées ainsi que tout ce qu'il aurait pu recueillir s'il eût été diligent. Cette distinction était équitable et se justifiait fort bien ; on devait, en effet, considérer comme étant de bonne foi l'institué, tant qu'il n'avait pas pu raisonnablement penser que le testament était inofficieux. On faisait ici l'application du sénatus-consulte Juventien rendu sous Adrien qui posait le principe suivant : les possesseurs de bonne foi d'une hérédité n'étaient redevables des choses héréditaires au véritable héritier que dans la limite de leur enrichissement tandis que les possesseurs de mauvaise foi étaient indéfiniment responsables. L'assimilation de la *Querela* à l'*hereditatis petitio* conduisait naturellement à appliquer les mêmes règles.

Certaines dérogations avaient été apportées au principe qui soumettait à l'institution toutes les autres dispositions du testament. Par exception en faveur de la liberté les affranchissements fidéicommissaires étaient maintenus, à la charge pour chaque affranchi de payer au légitimaire la somme de vingt sous d'or, prix moyen d'un esclave. (Dig.

V, 2, loi 9). Il en était encore ainsi au cas où la *Querela* était admise, même après l'expiration du délai de cinq ans. (Dig. V, 2, loi 8, § 17). Une autre exception nous est indiquée par Ulpien, voici l'hypothèse : une mère, croyant son fils mort avait fait un testament par lequel elle instituait des étrangers, le fils fit tomber le testament à l'aide de la *Querela*, mais l'empereur Adrien décida qu'il serait tenu d'exécuter les legs et les affranchissements, « *ita ut libertates et legata præstentur* » (Dig. V, 2, loi 28).

J'ai déjà fait allusion à la dérogation en notre matière au principe rationnel qui restreint entre les parties l'autorité de la chose jugée. Ici les Romains obéissent au principe arbitraire qui subordonne toutes les dispositions testamentaires à l'institution et, pour cette raison, ils réputent les légataires et les affranchis représentés par l'institué. Toutefois ceux-ci avaient le droit d'intervenir aux débats et d'appeler de la sentence, lorsque l'institué n'avait pas résisté à la demande du *Querelans* ou, ce qui revenait au même, quand par une collusion coupable il n'avait opposé qu'une résistance de pure forme (V, 2, loi 29).

Mais il peut se faire que plusieurs sentences soient rendues à l'occasion d'un seul et même testament. Les cas où cette éventualité est possible sont fréquents ; c'est ainsi qu'Ulpien nous montre

un frère exerçant la *Querela* contre plusieurs institués *diversi juris* dont l'un est une *persona turpis* et l'autre une *persona integræ existimationis* (Dig. V, 2, loi 24) ; Papinien de son côté prévoit l'hypothèse dans laquelle un fils triomphe dans sa demande contre un institué et échoue contre l'autre, « *unum vicit, ab altero superatus est.* » (Dig. V, 2, loi 15, § 2). Dans ce cas le testament sera rescindé pour moitié et subsistera pour l'autre moitié. Il en résulte que le testateur est mort partie *testat*, partie *intestat* « *quod si fuerit, pro parte testatus pro parte intestatus decessisse videtur* », dit Ulpien, et Papinien ajoute « *nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.* »

Examinons maintenant les effets produits par cette rescision partielle. Supposons deux héritiers institués chacun pour moitié, le légitaire a obtenu gain de cause vis-à-vis de l'un d'eux et il a succombé vis-à-vis de l'autre. Que vont devenir les dispositions testamentaires ? Le *Querelans* va être le co-héritier de l'institué dont le droit subsiste ; de là indivision des choses corporelles et partage de plein droit des créances et des dettes. Quant aux legs ils sont maintenus pour partie ; ils ne sont pas opposables au légitaire mais seulement à l'héritier institué qui les exécutera proportionnellement à la partie de la succession qu'il aura recueillie. Mais si la prestation qui fait l'objet du legs est indivisible, que se passera-t-il ?

Papinien, à propos d'un legs de servitude dans un testament que le fils de la testatrice avait fait rescinder, nous donne la solution. La servitude ne peut pas être établie malgré le légitimaire ; s'il consent à son établissement l'héritier le dédommagera en lui tenant compte de la moitié de la valeur de la servitude ; sinon c'est le légitimaire qui rachète le legs en payant à l'héritier la moitié de cette valeur. Cette solution s'applique à tous les legs dont l'objet, quoique indivisible, peut être apprécié en argent. Quant aux choses essentiellement indivisibles, telles que la liberté léguée par le testateur à son esclave, il en est autrement ; le même fragment de Papinien nous apprend, en effet, que l'affranchissement subsistera en entier, malgré l'annulation partielle du testament.

« *Cum filius divisis tribunalibus actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset. atque ita varix sententiæ judicium extitissent, heredem, qui filium vicerat, pro partibus, quas aliis coheredibus abstulit filius, non habiturum præceptiones sibi datas, non magis quam cæteros legatarios actiones, constitit ; sed libertates ex testamento competere placuit, cum pro parte filius de testamento matris litigasset ; quod non erit trahendum ad servitutes, quæ pro parte minui non possunt. Plane petetur integra servitus ab eo, qui filium vicit ; partis autem præstituitur æstimatio ; aut, si paratus erit*

filius pretio accepto servitutum præbere, doli summovebitur exceptione legatarius, si non offerat partis æstimationem. » (Dig. XXXI, de leg. 2°, loi 76, pr.).

Paul, dans la loi XIX (Dig., de Inof. test.), prévoit l'hypothèse suivante : une mère a deux filles; elle institue l'une d'elles pour un quart, omet l'autre et choisit un étranger pour héritier du reste de sa fortune. La fille omise intente la *Querela* et fait tomber le testament pour la part de l'étranger seulement, car elle ne peut agir *de inofficioso* contre sa sœur. L'hérédité *ab intestat* s'ouvrira alors pour les trois quarts de la succession, ce qui conduit à cette double anomalie : La mère meurt partie *testat* et partie *intestat*; la fille qui a été instituée est héritière testamentaire pour un quart et héritière *ab intestat* pour un second quart. « *Dicendum est etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem.* » La raison en est, selon Paul, que la fille, en acceptant la part qui lui est laissée par le testament de sa mère, n'est pas censée avoir renoncé au droit qu'elle a comme héritière légitime sur la moitié de la succession.

Le procès pouvait avoir pour le *Querelans* une issue défavorable ; la perte, dans ce cas, ne se bornait pas seulement pour lui au rejet de la demande, mais elle entraînait des conséquences plus

graves à l'examen desquelles nous arrivons. Le testament était maintenu et toutes les dispositions qui avaient été prises en faveur de l'héritier du sang, devenu à tort *Querelans*, ne recevaient pas d'exécution. Les libéralités qui lui avaient été accordées par le testateur étaient attribuées au fisc qui, en général, recueillait les biens départis aux indignes. Cette déchéance était la conséquence de l'action injurieuse dirigée par le légitimaire contre la mémoire du défunt auquel il avait reproché l'oubli de ses devoirs. Ulpien nous apprend que, pour encourir cette déchéance, le *Querelans* devait persévérer jusqu'au bout dans sa plainte ; s'il se désistait ou s'il venait à mourir avant la sentence, il conservait le bénéfice des libéralités dont il avait été gratifié. De même celui qui continuait seulement le procès, n'encourait pas cette peine. A plus forte raison aucune déchéance n'était-elle encourue par celui qui n'avait pas agi dans son propre intérêt ; il en était ainsi du tuteur qui avait poursuivi l'inofficiosité au nom de son pupille, car, en agissant ainsi, il avait défendu les droits du pupille.

« *Hereditas materteræ petita non infringit alterius hereditatis petitionem, quæ venit ex alia successione. Sed et si quæstionis titulus prior inofficiosi testamenti causam habuisset, judicatæ rei præscriptio non obstaret eamdem hereditatem ex*

alia causa vindicanti. » (Code, III, 31, loi 3). Il résulte de ce texte que l'échec de la *Querela* ne faisait pas obstacle à une autre action ; le *Querelans*, qui avait succombé, pouvait à nouveau revendiquer l'hérédité à un autre titre sans qu'il soit possible de lui opposer l'effet de la chose jugée.

CHAPITRE VI

CAUSES D'EXTINCTION DE LA QUERELA.

Le droit pour le légitimaire d'intenter la *Querela* est susceptible de se perdre de trois manières : 1° par l'expiration d'un délai ; 2° par la mort du légitimaire exhéredé ; 3° par la renonciation.

Examinons séparément ces trois causes d'extinction.

1° *Expiration d'un délai.* — Comme l'action d'injures, la *Querela* était temporaire et devait, sous peine de déchéance, être exercée dans un délai déterminé. Ce délai fut d'abord de deux ans, si l'on en croit un passage de Pline « *scis jam biennium transiisse omniaque me usucepisse.* » (Epist. V, 4). Plus tard, il fut porté à cinq ans, mais il n'est pas possible de fixer l'époque à laquelle a été opéré ce changement (Dig. V, 2, loi 8, § 17). Toutefois, dans la *Querela* le délai est plus long que dans l'action d'injures ; celle-ci, en effet, était annale. Néanmoins l'extinction par un laps

de temps procède de la même idée ; dans l'une et l'autre action on se croyait, en effet, autorisé à conclure de l'inaction de l'intéressé ou qu'il n'avait pas ressenti l'injure ou bien qu'il l'avait pardonnée.

Quel est le point de départ du délai ? Les jurisprudences de l'époque classique n'étaient pas d'accord sur cette question ; d'après Modestin, ce délai courait du jour de la mort du testateur ; Ulpien, au contraire, le reculait au jour de l'adition de l'hérédité. Justinien sanctionne l'opinion d'Ulpien, ce qui nous semble conforme à la raison, car le légitimaire ne pouvait pas intenter son action dans l'ignorance où il était de l'intention de l'héritier institué. De plus, Justinien fixe à ce dernier un délai pour faire adition ; six mois lui sont accordés si les deux parties sont domiciliées dans la même province et, si elles habitent des provinces différentes, il a une année pour prendre parti. (Code, de Inof. Test. Loi 36, § 2).

Dans certains cas, la *Querela* pouvait être admise par de graves motifs même après le délai de cinq ans, *ex magnâ et justâ causâ* ; mais alors les affranchissements étaient maintenus, à charge de payer au légitimaire le prix moyen d'un esclave par chaque affranchi, (Dig. V, 2, loi 8, § 17).

2^e *Mort du légitimaire exhérédé.* — L'action d'injures était, nous le savons, personnelle à

l'offensé et ne passait à ses successeurs que si lui-même l'avait intentée et poursuivie jusqu'à la *litis contestatio*. Nous retrouvons ici la même idée, mais avec cette différence que les héritiers étaient admis à introduire eux-même la *Querela*, pourvu que le *Querelans* l'eût préparée et qu'il eût manifesté son intention d'agir. (Code, III, 28, de Inof. Test., loi 5). Toutefois, il était nécessaire que l'exhéredé eût persévéré dans son intention jusqu'à son décès, sinon la transmission de l'action n'avait pas lieu, car, dit Papinien « *non enim sufficit litem instituere, si non in eâ perseveret.* » (Dig. V, 2, loi 15, § 1). Justinien alla plus loin et décida que le fils exhéredé, qui viendrait à mourir pendant les délais, n'en transmettrait pas moins son action à ses descendants. (Code, de Inof. Test., lois 34 et 36, § 2).

Ces deux causes d'extinction démontrent péremptoirement l'analogie qui existait entre la *Querela* et l'action d'injures ; mais, en revanche, elles différencient la plainte d'inofficiosité de la *petitio hereditatis* qui était perpétuelle et se transmettait sans condition aux héritiers de l'ayant-droit.

3° *Renonciation*. — La renonciation se présente sous des formes variées, car elle peut résulter d'un désistement, d'une transaction ou d'une renonciation au sens propre du mot.

A. *Désistement.* — Le légitimaire, qui a commencé des poursuites, peut, au cours de l'instance, les abandonner, auquel cas il ne sera plus admis à en intenter de nouvelles, « *si quis*, dit Ulpien, *post rem inofficiosi ordinatam litem dereliquerit postea non audietur.* » (Dig. V, 2, loi 8, § 1). La raison en est que l'abandon de l'instance fait présumer la renonciation. Toutefois, si l'héritier testamentaire a usé de moyens frauduleux pour obtenir le désistement, il ne sera pas opposable au légitimaire qui pourra plus tard, nous apprend Paul, s'il le juge utile, intenter à nouveau l'action. « *Eum, qui inofficiosi testamenti querelam instituit, et fraude heredis scripti... reliquit eam actionem, non videri deseruisse querelam; et ideo non prohiberi eum repetere inchoatam actionem.* » (Dig. V, 2, loi 21., pr.).

B. *Transaction.* — L'héritier institué et le légitimaire, redoutant les résultats d'un procès, pouvaient d'un commun accord à l'aide d'une transaction se faire des concessions réciproques. L'institué, par exemple, remettait l'hérédité au légitimaire qui, en échange, lui reconnaissait quelque avantage ou bien l'héritier du sang abandonnait ses droits à l'institué, soit contre une somme d'argent, soit moyennant le transfert de la propriété d'une chose quelconque de l'hérédité. Dans l'un et l'au-

tre cas, la *Querela* est éteinte et la transaction fait la loi des parties, c'est-à-dire qu'elle n'a d'autorité qu'entre le légitimaire et l'institué à la différence du jugement qui, comme nous l'avons vu, produit son effet tant à l'égard des parties aux procès qu'aux regards des tiers. A l'encontre des autres personnes intéressées à l'exécution du testament, la transaction est *res inter alios acta* ; c'est ainsi qu'elle n'est opposable ni aux légataires ni aux fidéicommissaires. L'institué demeure héritier et le testament subsiste, par suite les dispositions qui y sont renfermées doivent recevoir leur exécution. « *Tamen testamentum in suo iure manet*, dit Ulpien, *et ideo datæ in eo libertates, atque legata, usque quo Falcidia permittit, suam habent potestatem.* » (Dig. V. 2, loi 29, § 2). Et ce n'est que justice, car l'institué n'a pas mandat de représenter les autres intéressés en dehors desquels est arrêtée la transaction. Quant aux créanciers on leur accordait des actions utiles contre le légitimaire et l'institué en proportion de la part qui était attribuée à chacun dans l'hérédité (Dig. II, 15, de Transactionibus, loi 14).

C. *Renonciation proprement dite.* — A la différence du désistement la renonciation à la *Querela* ne suppose pas un commencement d'exécution. Elle résulte de l'approbation du testament par le

légitimaire ; elle est expresse, s'il déclare formellement son intention ; elle est, au contraire, tacite, s'il se contente d'accomplir certains actes qui font présumer son intention.

La renonciation expresse doit être très claire, peu importe qu'elle soit orale ou écrite. Elle ne saurait émaner d'un mineur de vingt-cinq ans, c'est dire que le renonçant doit être une personne capable, sinon il ne serait pas lié par le pacte conclu. Elle doit, en outre, intervenir après le décès du testateur ; autrement elle n'a aucune valeur, car le renonçant est présumé avoir agi sous l'influence du *de cuius*.

La renonciation tacite résulte de certains faits qui font présumer de la part du légitimaire l'abandon de son droit. C'est ainsi que l'acceptation par l'héritier du sang d'un legs compris dans le testament, même s'il s'agit d'un legs fait à une personne soumise à sa puissance, entraîne la perte du droit d'intenter la *Querela*. A ce propos, Modestin dénonce une fraude que le légitimaire pouvait commettre dans certaines circonstances. Supposons un fils exhéredé par son père et l'institution de l'esclave de ce fils déshérité. En vertu de la puissance dominicale c'est au fils que reviendra l'hérité avec toutes ses charges ; or, pour ne pas acquitter ces charges, ce dernier affranchissait l'esclave avant de lui donner ordre de faire adi-

tion. Celui-ci venait alors à la succession *arbitrio suo* ; après quoi le patron attaquait le testament et le faisait tomber comme contraire à l'*officium pietatis*. Le testament étant rescindé, les libéralités s'évanouissaient et le fils recueillait l'hérédité sans aucune charge. Le jurisconsulte déclare que le fils qui, en affranchissant ainsi son esclave, a agi en fraude des légataires « *summovebitur ab actione*. » (Dig. V, loi 12, pr.). Le fils exhéredé est censé avoir approuvé le testament quand il demande à un esclave affranchi par ce testament l'argent qu'il devait lui donner comme prix de sa liberté (Dig., V, 2, loi 12, § 1). Le légitaire qui, en qualité de *procurator in rem suam*, soutient la demande d'un légataire particulier du testateur, renonce tacitement à la *Querela* (Dig. V, 2, loi 32, pr.). Enfin supposons un légitaire exhéredé qui achète ou loue de l'héritier institué une chose héréditaire ou bien paie entre ses mains ce qu'il devait au défunt ou encore réclame le paiement d'une dette du défunt ; dans tous ces cas il est supposé avoir approuvé les dispositions testamentaires et, par suite, il perd le droit d'intenter la *Querela*, — (Dig. V, 2, loi 23, § 1 — Code, de Inof. Test. loi 8, § 1).

CHAPITRE VII

RÉFORMES DE JUSTINIEN. — LÉGISLATION DES NOVELLES.

Nous avons déjà, au cours de notre étude, signalé plusieurs modifications introduites par Justinien ; nous allons maintenant examiner les innovations contenues dans les Novelles.

Les causes susceptibles de justifier l'exhérédation ou l'omission ne sont plus laissées à la libre appréciation du juge. Justinien indique les faits qui peuvent expliquer l'omission ou l'exhérédation des légitimaires ; il faut, en outre, que le testateur fasse connaître dans son testament le motif pour lequel il a exhérédé son parent. La Novelle CXV, cap. II et III, fixe quatorze justes causes d'exclusion pour les descendants et huit pour les ascendants ; la Novelle XXII, cap. XLVII, pr., indique trois causes légitimes d'exhérédation à l'égard des frères et sœurs.

Dans l'ancien Droit la légitime était du quart de la portion héréditaire. Il n'en est plus ainsi ;

s'il y a quatre enfants ou moins de quatre, le testateur ne peut disposer que des deux tiers de la succession, c'est-à-dire que la légitime est du tiers et, elle est portée à la moitié quand il y a cinq ou plus de cinq enfants.

*Quatuor aut infra natis dant jura trientem,
Sed dant semicem liberis si quinque vel ultra.*

Ce système arrive à une singulière conséquence; le chiffre de la légitime sera plus considérable s'il y a cinq enfants que quand il y en a quatre. S'il y a cinq enfants, en effet, chacun aura un dixième de la succession, tandis que si nous supposons quatre enfants, ils n'auront qu'un douzième par tête. Justinien ne parle pas des ascendants, mais M. Accarias nous apprend qu'il est permis de croire d'après la Novelle XVIII, cap. 1, in fine, qu'à leur égard la légitime dut aussi être augmentée et portée au tiers; nous nous rangeons à son avis, car son opinion semble être l'expression de l'esprit même de la Novelle.

Il ne suffit plus que la légitime soit laissée par une disposition de dernière volonté. L'Empereur impose au testateur le devoir d'instituer son parent; mais il ne nous indique pas si la légitime ou une partie quelconque seulement devait être laissée par l'institution. Toujours est-il que l'ac-

tion personnelle en complément de la Quarte n'existe plus, car le légitimaire institué est héritier et il doit dès lors faire valoir ses droits par une véritable pétition d'hérédité.

La *Querela* enfin ne fait plus tomber que l'institution sans porter la moindre atteinte ni aux legs ni aux autres dispositions contenues dans le testament, qui n'est plus, dès lors, comme par le passé, réduit *ad non esse* (Nov. CXV, cap. III, § 14, cap. IV, § 9).

A P P E N D I C E

DES DONATIONS INOFFICIEUSES

La quarte se calculant au moment du décès, le *paterfamilias* pouvait facilement dépouiller ses héritiers, puisqu'il avait la faculté illimitée de faire des dispositions entre vifs. Pour éviter ce résultat fâcheux, l'empereur Alexandre Sévère créa par un rescrit, *ad exemplum inofficiosi*, une action qui permettait de faire tomber les donations par lesquelles les héritiers du sang avaient été frustrés de leur quarte. « *Si liquet tibi, Juliane carissime, aviam intervertendæ inofficiosi querelæ patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse; ratio deposcit, id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari.* » (Dig. XXXI, de leg. 2°, loi 87, § 3).

Cette action, appelée *querela donationis inofficiosæ*, ne peut être intentée qu'au cas où l'enfant, au moment de l'ouverture de la succession, se

trouve frustré de tout ou partie de sa quarte. Il faut donc considérer l'époque à laquelle a été faite la donation, car si la succession s'était ouverte à ce moment et que l'enfant n'eût pas obtenu sa quarte, la donation aurait été inofficieuse. Il faut, en outre, considérer l'époque du décès, car entre le moment de la donation et la date du décès, le patrimoine peut avoir subi des augmentations qui ont pour effet de supprimer le droit à la *Querela*.

Copiée sur la *Querela Inofficiosi testamenti*, la *Querela inofficiosæ donationis* est aussi un *ultimum subsidium* et elle n'est admise qu'en l'absence de toute autre voie ouverte au légitimaire pour arriver à l'hérédité. Ainsi, si le *paterfamilias* qui a fait des donations entre vifs, était un mineur de vingt-cinq ans, après sa mort, son héritier ne pourra pas intenter la *Querela*, parce qu'il a à sa disposition la *restitutio in integrum* (Code, III, de Inof. Test., 29, loi 4).

Le donateur doit-il avoir eu l'intention de nuire ou bien le préjudice seul suffit-il pour l'admission de l'action *ad exemplum inofficiosi*?

Nous pensons que le préjudice subi par l'héritier est suffisant et qu'il n'est nullement besoin de rechercher quelle a été l'intention du donateur (III, 29, loi 5); du reste, en fait, il est certain que le donateur aura presque toujours agi avec

l'idée bien arrêtée de causer un préjudice à son héritier.

La *Querela donationis inofficiosæ* est une action en réduction et non en rescision, *quod immoderate gestum est, revocabitur* (III, XXIX, de Inof. donat. Code, loi 7, in fine). Aussi s'il existe plusieurs donations faites à des époques différentes, rescindera-t-on d'abord la plus récente et si le résultat ainsi obtenu n'est pas satisfaisant, on continuera à réduire les autres en suivant l'ordre des dates, jusqu'à ce qu'on soit arrivé à compléter la quarte.

Disons, en terminant, qu'une constitution de l'empereur Constantin datée de 358 permettait au légitimaire d'attaquer par une action analogue à la *Querela Inofficiosi testamenti* les constitutions de dot exagérées : « *Cum omnia bona a matre tua in dotem dicantur exhausta, (leges) legibus concordare promptum est : ut ad exemplum inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendæ actionis copia tribuatur, et filiis conquerentibus emolumenta debita conferantur.* » (Code, III, 30, de Inof. dotibus, loi unique).

THÈSE DE DROIT FRANÇAIS

ATTRIBUTIONS

DU

JUGE D'INSTRUCTION

INTRODUCTION

« L'instruction, c'est l'âme du procès », disait Pierre Ayrault, l'un des commentateurs de l'ordonnance de 1539 sur la procédure criminelle (1) et un praticien ajoutait « elle lui donne l'être et la forme. » Ces observations profondément vraies au XVI^e siècle conservent aujourd'hui encore un grand fonds de vérité, car l'instruction préalable est l'un des premiers fondements de l'action judiciaire. La justice, en effet, ne pourrait accomplir son œuvre si elle n'avait le pouvoir de constater dans leurs minutieux détails les faits et leurs circonstances et de préparer les preuves qui doivent servir de base à tout jugement. Le soin de procéder aux actes de cette information préalable appartient au Juge d'Instruction, magistrat dont on

(1) De l'*ordre*, formalité et instruction judiciaire dont les anciens Grecs et Romains ont usé es-accusations publiques, conférés au style et usage de notre France. Livre I, n^o 4.

peut dire avec raison qu'il est l'âme de notre procès.

Le législateur lui a confié un double rôle. Dès que l'action publique est mise en mouvement, il doit, en premier lieu, constater les faits incriminés, en rassembler les preuves, en rechercher les auteurs et, au besoin, s'assurer de leur personne. Il est, en outre, chargé de statuer comme juridiction d'instruction sur l'accusation publique et, au cas de culpabilité, déterminer la juridiction de jugement compétente pour connaître de l'affaire.

Pour remplir cette mission complexe et délicate le Juge d'Instruction a les droits les plus étendus. Son action n'a pas été contenue dans des bornes étroites par le Code de 1808 et des lois récentes sont encore venues étendre son pouvoir discrétionnaire (lois des 14 avril 1855, 17 juillet 1856 et 14 juillet 1865). Toutefois il est une règle générale qui doit, avant tout, guider ce magistrat dans l'exercice de ses fonctions : c'est que la loi le constitue arbitre impartial entre la société qui accuse et l'inculpé qui se défend ; aussi doit-il se faire un devoir de réunir les preuves tant à charge qu'à décharge et ne s'inquiéter jamais que de la découverte de la vérité.

Avant d'aborder l'étude des attributions du Juge d'Instruction, telles qu'elles résultent du Code d'Instruction Criminelle et des lois nouvelles qui

l'ont modifié, nous croyons utile de faire un exposé rapide de l'organisation des Juges d'instruction, de leur compétence et de leurs rapports avec le Ministère Public.

I. — Aux termes de l'article 55 C. inst. cr., il y a dans chaque arrondissement un Juge d'instruction pris parmi les Juges titulaires. Depuis la loi du 17 juillet 1856, ce magistrat peut être également choisi, mais par exception, parmi les Juges suppléants. Cependant il pourra en être établi, dit ce même article, plusieurs dans les arrondissements où les besoins du service l'exigeront; c'est ainsi qu'aujourd'hui vingt-deux Juges d'instruction sont attachés au Tribunal de la Seine (loi du 30 août 1883). Dans l'un et l'autre cas, la nomination est faite par le Chef de l'Etat, sur la présentation du Ministre de la Justice. Le magistrat chargé de l'instruction doit réunir toutes les conditions de capacité auxquelles sont soumis les autres juges. Il doit donc être âgé de vingt-cinq ans accomplis (1) et prêter serment devant la Cour d'Appel dans le ressort de laquelle il doit exercer ses fonctions (2). Le même article 55 décide que le Juge d'instruction est nommé pour trois ans, mais, en pratique, ses fonc-

(1) Loi du 20 avril 1818, art. 64.

(2) Déc. du 30 mars 1808, art. 26.

tions lui sont toujours conservées à l'expiration du délai s'il n'est pas remplacé et sans qu'il soit nécessaire d'une nouvelle commission pour le déclarer. Toutefois il est bien entendu que ce ne sont pas là des fonctions irrévocables et le Gouvernement conserve le droit de les retirer avant l'expiration du délai de trois ans. C'est là un droit dont le Chef de l'Etat doit, croyons-nous, user le moins possible, sinon le service de l'instruction qui ne doit jamais être interrompu le serait sans cesse et nous retomberions dans un inconvénient grave que les rédacteurs du Code ont voulu éviter.

Avant 1808, en effet, les fonctions de notre Juge d'instruction étaient remplies par les Directeurs de Jury pris à tour de rôle pour trois mois parmi les membres du Tribunal civil (loi du 7 pluviôse an IX). Cette organisation était défectueuse. Les Juges directeurs, par suite de la trop courte durée de leurs fonctions, ne pouvaient acquérir l'expérience nécessaire à une mission tout à la fois si délicate et si importante ; en outre, ils se trouvaient souvent dans l'impossibilité de terminer l'instruction d'un grand nombre d'affaires. L'information devait alors être reprise par leurs successeurs, au grand détriment de l'inculpé qui pouvait ainsi voir se prolonger sa détention.

L'article 7 de l'ordonnance du 16 octobre 1822

fixe le traitement dont jouissent les Juges d'instruction. Il se compose de celui qui est alloué aux simples juges et d'une indemnité égale au cinquième du traitement du juge, qu'on est convenu d'appeler indemnité d'instruction. Cette indemnité est accordée pendant la durée de leur exercice aux Juges suppléants chargés temporairement de l'instruction en exécution de l'article 56 de la loi du 17 juillet 1856 (D. du 2 juillet 1857).

Le Juge d'instruction n'est pas exclusivement attaché au service de l'instruction ; aux termes de l'article 55 C. inst. cr. « il conserve séance au « jugement des affaires civiles, suivant le rang de « sa réception. » Il est donc attaché comme les autres juges à l'une des chambres du tribunal ; il siège aux audiences et est assujetti au roulement qui se fait chaque année dans chaque tribunal, conformément à l'article 50 du décret du 30 mars 1808 et aux articles 13 et 36 du décret du 18 août 1810. Aucune distinction n'étant faite entre la chambre correctionnelle et la chambre civile, il se trouve dans la même position que les autres juges, lorsqu'il est placé en dehors de l'instruction ; il doit donc en faire tout le service. Mais, en Cour d'Assises, il ne peut siéger dans les affaires qu'il a instruites ; l'article 257, § 2 du C. inst. cr., le lui défend expressément à peine de nullité des débats.

Le rapprochement des articles 55 et 257, § 2, a fait naître une question aujourd'hui résolue. On s'était demandé si les motifs qui avaient dicté l'article 257 et fait écarter le Juge d'instruction des affaires criminelles qu'il avait instruites ne s'appliquaient pas également aux affaires correctionnelles et si ce n'était pas là le sens qu'on devait donner à l'article 55 déclarant « qu'il (le Juge d'instruction) conservera séance au jugement des affaires civiles. » La Cour de Cassation a décidé que les Juges d'instruction peuvent concourir au jugement des affaires correctionnelles par eux instruites ; il n'en saurait être autrement, dit un arrêt, puisque l'article 179, C. inst. cr., attribue en général la connaissance des affaires correctionnelles aux tribunaux civils d'arrondissement et que les Juges d'instruction sont membres de ces tribunaux (1).

Il serait préférable que le Juge d'instruction pût soit demeurer attaché à la chambre civile, soit se faire remplacer dans les affaires dont il a dirigé l'instruction ; mais il n'est pas possible de concilier l'une ou l'autre de ces prescriptions avec notre organisation judiciaire actuelle. Cet état de choses n'a cependant pas été sans attirer l'attention de

(1) Cass. : 30 oct. 1812 (S. 1812, I, 210) ; 22 nov. 1816 (S. 1815-1818, I, 252) ; 40 fév. 1831, (S. 1831, I, 341).

nos législateurs. Le projet de réforme de notre Code d'instruction criminelle actuellement à l'étude interdit, en effet, au Juge d'instruction de siéger à la chambre du Conseil (au cas où elle serait rétablie) et de concourir au jugement dans les affaires instruites par lui (art. 40). Mais ce texte ne peut recevoir son application qu'autant que le nombre des Juges sera augmenté dans la plupart des tribunaux. Aussi pour l'empêcher de rester à l'état de lettre morte, un membre du Parlement a-t-il déposé, sous forme d'amendement au projet de réforme, la proposition suivante : le Juge d'instruction sera remplacé pour le jugement des affaires qu'il aura instruites, soit par un avoué, soit par un avocat, soit par le Juge ou l'un des Juges de paix (le plus ancien) de la ville où siège le tribunal. Cette proposition est, à notre avis, fort intéressante et mérite un examen attentif, car, si elle était adoptée, le Juge d'instruction ne serait plus, comme aujourd'hui, dans le cas qui nous occupe, tout à la fois juge et partie.

Il existe un principe de justice qui veut qu'en toute matière la récusation du Juge, qui a un intérêt personnel, puisse librement s'exercer. Notre législation criminelle est cependant restée muette sur ce point, mais la jurisprudence a suppléé à cette lacune en déclarant les règles du Code de Procédure Civile relatives à la récusation applica-

bles en matière criminelle, en tant que ces dispositions se concilient avec la nature des actions portées devant les tribunaux de répression (1). Le Juge d'instruction, nous le verrons plus loin, exerce une véritable juridiction ; la récusation dirigée contre lui doit donc être considérée comme celle qui s'élèverait contre un tribunal tout entier ; or une récusation formée contre un tribunal n'est autre chose qu'une demande en renvoi pour cause de suspicion légitime, car elle a le même but et les mêmes effets. Dès lors il appartient à la Cour de Cassation seule, aux termes de l'article 542, C. inst. cr., de prononcer sur cette demande (2). Le Juge d'instruction, lors même qu'aucune récusation n'est dirigée contre lui, peut et même doit s'abstenir s'il croit avoir des motifs sérieux de ne pas procéder à l'information (art. 380, C. pr. c.). Il a donc le devoir de déclarer les causes de récusation qu'il connaît en lui-même, mais il les propose sans les apprécier ; l'appréciation en est faite par la Chambre à laquelle il appartient qui, si elle admet la demande, désigne conformément aux dispositions de l'article 58, C. inst. cr., un de ses membres pour remplacer le Juge d'instruction.

(1) Cass., 13 fév. 1846 (Dal. 1846, I, 453).

(2) Cass., 49 mai 1827 (Dal. 1827, I, 246) ; 42 janvier 1832 (Dal. 1832, I, 350).

La principale sanction de la responsabilité du Juge d'instruction est, sauf le cas où les actes de ce magistrat constituent des délits, la prise à partie. L'article 505 du Code de Procédure Civile indique comme pouvant donner lieu à la prise à partie les quatre cas suivants : 1° S'il y a dol, fraude ou concussion qu'on prétendrait avoir été commis soit dans le cours de l'instruction soit lors des jugements ; 2° Si la prise à partie est expressément prononcée par la loi ; 3° Si la loi déclare les juges responsables à peine de dommages-intérêts ; 4° s'il y a déni de justice. Ces dispositions s'appliquent à tous les juges, civils et criminels, et, par conséquent, elles atteignent le Juge d'instruction ; ce magistrat, moins que tout autre, n'en saurait être à l'abri, lui qui a une mission si importante à remplir et qui détient entre ses mains un pouvoir à peu près discrétionnaire. Aussi le Code d'instruction criminelle a-t-il ajouté, en ce qui concerne le Juge d'instruction trois nouveaux cas de prise à partie. L'article 77 déclare que les formalités prescrites par la loi pour l'audition des témoins dans l'information seront remplies à peine, s'il y a lieu, de prise à partie contre le Juge d'instruction. L'article 112 dispose que l'inobservation des formalités prescrites pour les mandats de comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt sera punie, s'il y a lieu, d'injonctions au Juge d'ins-

truction et même de prise à partie, s'il y échet. Enfin l'article 338 autorise la prise à partie, s'il y a lieu, contre les fonctionnaires qui provoquent des poursuites au sujet de délits dont ils ont acquis la connaissance dans leurs fonctions. Le Juge d'instruction peut donc être pris à partie si, comme le disent les textes, *il y a lieu, il y échet*. Or, c'est à la Cour saisie de la demande, aux termes de l'article 509 du Code de procédure civile, qu'il appartient d'apprécier la gravité de l'imputation dirigée contre le juge.

C'est là une garantie sérieuse pour les inculpés contre les actes frauduleux des Juges d'instruction qui, hâtons-nous de le dire, sont bien rares dans la pratique. Cependant la loi, soucieuse des intérêts des citoyens, a voulu aller plus loin encore et les protéger contre les conséquences funestes que pourraient avoir non-seulement pour eux mais aussi pour leur famille les fautes ou irrégularités graves commises par le magistrat instructeur. L'article 415, C. inst. cr., attribue, soit à la Cour de Cassation, soit à la Chambre des mises en accusation, le pouvoir, quand elles annulent une instruction, de mettre à la charge du Juge d'instruction les frais de la procédure à recommencer, si la nullité résulte d'une faute très grave de ce juge.

Les Juges d'instruction sont soumis, comme les autres juges, aux mesures répressives dont peut

être atteint le magistrat qui compromet la dignité de son caractère. Comme eux, ils peuvent être frappés par l'avertissement, la censure simple, la censure avec réprimande, la suspension provisoire et la déchéance prononcée par la Cour de Cassation, érigée en Conseil supérieur de la Magistrature, conformément aux dispositions des articles 13 et 14 de la loi du 30 août 1883. Mais, indépendamment de cette discipline générale, qui régit tous les membres du corps judiciaire, ils sont assujettis à une discipline toute spéciale (art. 57 et 279, C. inst. cr.). Ces deux textes les placent sous la surveillance du Procureur Général qui, *en cas de négligence de leur part*, devra leur adresser, aux termes de l'article 280, un avertissement dont mention sera faite sur un registre tenu à cet effet. En cas de récidive, le Procureur Général, ajoute l'article 281, dénoncera le Juge d'instruction à la Cour (1). Sur l'autorisation de celle-ci, il le fera citer à la Chambre du Conseil qui le condamnera aux frais tant de la citation que de l'expédition et de la signification de l'arrêt, après lui avoir enjoint d'être plus exact à l'avenir. Mais quels sont les effets de cette surveillance du Procureur Gé-

(1) Il y aura récidive lorsque le fonctionnaire sera repris, pour quelque affaire que ce soit, avant l'expiration d'une année à compter du jour de l'avertissement consigné sur le registre (art. 282, C. inst. cr.).

néral ? S'étend-elle à tous les actes du Juge d'instruction ou à ceux seulement qui se rattachent à la police judiciaire ? Pour résoudre cette question, il convient, croyons-nous, de faire une distinction entre les actes de la police judiciaire proprement dite et les actes d'instruction. En ce qui concerne les premiers, le Juge d'instruction doit être soumis, comme tous les officiers de police judiciaire, à la surveillance du Procureur Général, car c'est à raison des actes de la police judiciaire que cette surveillance est établie ; il faut donc qu'il puisse partout les provoquer et veiller à leur exécution, lors même qu'ils émanent de personnes qui, à raison de leur qualité, ne seraient pas soumises à son autorité. Ces actes n'appartiennent pas à l'instruction, car, destinés à préparer l'action publique, ils rentrent dans la classe de ceux que le Ministère Public est appelé à perpétrer lui-même. Tel est, du reste, l'objet du § 2 de l'article 279, C. inst. cr. : « Tous ceux qui sont, à raison de « fonctions même administratives, appelés par la « loi à faire quelques actes de la police judi- « ciaire, sont, sous ce rapport seulement, soumis « à la même surveillance. » Quand, au contraire, le Juge d'instruction agit, non plus comme officier de police judiciaire, mais comme juge, quand il procède non plus à des actes de police, mais à des actes d'information, il ne saurait plus être soumis

à la surveillance du Procureur Général. Cette distinction entre les actes de la police judiciaire et les actes de l'information est conforme à l'économie de la loi. Le législateur, en effet, a voulu laisser toute liberté d'action au Juge d'instruction en tant que juge et, pour cette raison, il a limité les pouvoirs du Ministère Public au droit de requérir en attribuant au juge le pouvoir d'ordonner. A ce dernier seul il appartient d'agir et cette indépendance du juge est le plus sûr garant de l'impartialité de l'instruction. Admettre l'immixtion du Ministère Public dans la procédure, lui donner le droit de commander au juge tel ou tel acte, ce serait mettre l'instruction aux mains des magistrats du parquet pour lequel le juge ne serait plus qu'un instrument qu'il dirigerait à son gré. Cette théorie, qui aurait pour effet de faire disparaître toute sécurité pour les inculpés, a été soutenue par M. Mangin (1). Pour notre part, nous refusons tout droit d'action au Ministère Public pendant l'information, mais, avec M. Faustin-Hélie, nous lui reconnaissons le droit de demander compte au Juge d'instruction de l'état des affaires dont il est saisi, de s'enquérir des retards qui se sont produits et de donner des ordres afin de les faire cesser. La négligence du juge à se conformer

(1) De l'Instruction écrite, t. I, p. 38 et 39.

à ces prescriptions pourra motiver l'application de l'article 280 ; mais là s'arrêtera cette surveillance. Elle ne pourra en aucun cas aller jusqu'à dicter au juge les mesures qu'il doit prendre ou à blâmer les actes par lui accomplis dans les limites de ses attributions.

II. — Quand un fait délictueux est porté à la connaissance soit du Procureur de la République soit du Juge d'instruction, le premier devoir de ces deux magistrats est de vérifier leur compétence, c'est-à-dire de rechercher s'ils ont le droit, l'un de poursuivre, l'autre d'instruire. Cette compétence, qui est la condition essentielle de toute procédure, doit être examinée sous un triple aspect : 1° relativement à la nature du fait (*ratione materiæ*) ; 2° relativement à la personne (*ratione personæ*) ; 3° relativement au territoire dans lequel la juridiction du magistrat est circonscrite (*ratione loci*). Si le juge a juridiction sur le fait, sur la personne et sur le lieu, il est compétent et peut procéder à l'information.

1° La compétence *ratione materiæ* s'étend à tous les faits qualifiés crimes ou délits par la loi, quelle qu'en soit la nature, quelles qu'en soient les circonstances. Tel est le principe établi par les articles 23, 47 et 63, C. inst. cr.

Certains faits cependant, à raison de leur nature

spéciale, sont déferés à des juridictions exceptionnelles, par exemple une Haute-Cour, un Conseil de Guerre, un Tribunal Maritime. On s'est demandé si la compétence *ratione materiæ* du juge d'instruction existait dans ces cas, l'article 22 ne visant que les faits « dont la connaissance appartient aux Tribunaux de police correctionnelle ou aux Cours d'Assises. » Le législateur, croyons-nous, n'a pas voulu par ces expressions apporter une limite aux pouvoirs du Juge d'instruction et du Ministère Public. Le magistrat instructeur pourra donc, à notre avis, valablement procéder à une instruction toutes les fois qu'il s'agira de délits de droit commun, dont la connaissance n'appartient ni à la juridiction correctionnelle ni à la Cour d'assises, sauf à renvoyer plus tard les pièces de l'information à la juridiction exceptionnelle. Mais, si le fait incriminé est, au contraire, un délit purement militaire ou une contravention de police ou encore une contravention administrative, le Juge d'instruction ne pourra procéder à aucun acte d'information. Ce sont là, en effet, des infractions qui appartiennent à certains tribunaux, en vertu d'un droit propre et l'immixtion du Juge d'instruction à un titre quelconque serait un empiètement sur leur juridiction.

2° En principe, la compétence du Juge d'ins-

truction s'étend pour les faits qualifiés crimes et délits, à toutes personnes, quelles que soient leur position et leur qualité. La qualité du prévenu modifie cependant ces règles dans quelques cas. C'est ainsi que les membres des corps politiques ne peuvent être arrêtés et poursuivis qu'avec l'autorisation du corps dont ils font partie. Cette garantie, appelée garantie politique, s'étend à tous les actes de la personne, qu'ils appartiennent à la vie publique ou privée. Mais, au cas de flagrant délit, l'inculpé n'a pas de qualité qui puisse le couvrir, il appartient à la justice. (Art. 121, C. pén.; art. 13 et 14, loi du 2 août 1875.) Les magistrats et certains fonctionnaires jouissent aussi d'une garantie spéciale qui produit, en ce qui concerne la compétence *ratione personæ* du Juge d'instruction, des effets différents, suivant la qualification donnée aux faits et la qualité des inculpés (art. 481, 482, 483, 484, 485, C. inst. cr., art. 10, loi 20 avril 1810 ; art. 160, déc. 15 nov. 1811). Enfin, quant aux militaires des armées de terre et de mer, justiciables les uns des conseils de guerre, les autres des tribunaux maritimes, le magistrat instructeur peut constater le corps du délit qui a laissé des traces instantanées et saisissables, mais ses actes n'auront que la force d'un simple renseignement.

3° Ce n'est pas assez que le Juge d'instruction

soit compétent *ratione materiæ* et *ratione personæ*, il faut encore qu'il le soit *ratione loci*. Cette cause de compétence est sans contredit la plus importante, car elle est la condition fondamentale de l'exercice de la juridiction du Juge d'instruction qui ne peut agir que dans la circonscription territoriale du tribunal dont il fait partie. L'article 63, C. inst. cr., attribue compétence au Juge d'instruction « soit du lieu du crime ou du délit, « soit du lieu de la résidence du prévenu, soit « du lieu où il pourra être trouvé. » Chacune de ces trois compétences a sa raison d'être. Sur les lieux où le crime a été commis, il est plus facile de réunir les preuves soit de l'existence du fait, soit de la culpabilité de l'agent ; en même temps qu'elles seront plus faciles et plus promptes, les recherches seront moins coûteuses. De plus, notre législation pénale étant exemplaire, il importe que la punition intervienne et frappe le coupable là où l'offense a été faite aux lois et à la société. D'autre part, c'est à la résidence du prévenu que les perquisitions seront le plus souvent fructueuses ; dans tous les cas, là on pourra connaître les antécédents de l'inculpé, antécédents qui, dans la pratique, sont toujours pris en grande considération par les juges du fait ; c'est là enfin que l'inculpé trouvera les moyens de prouver son innocence, notamment en alléguant ses habitudes, son

caractère ou en établissant un alibi. On instruit également au lieu de la capture, parce qu'on a sous la main l'auteur présumé du crime ou du délit, à l'interrogatoire duquel on peut immédiatement procéder.

En cas de concurrence de ces trois compétences, à laquelle accordera-t-on la préférence ?

L'ordonnance de 1670 (t. I, art. 1), donnait la prévention au juge du lieu du délit qui avait toujours le droit de requérir devant lui le renvoi de l'affaire. Le Code d'Instruction Criminelle a substitué au principe de la prévention celui de la concurrence, ce qui, disait M. Treilhard « nous « autorise à croire que le crime ne restera jamais « sans poursuite » (1). La Cour de Cassation a, du reste, toujours consacré ce principe, chaque fois qu'elle a été appelée à statuer sur les conflits soulevés par la compétence *ratione loci* (2) et, dans la pratique, l'instruction demeure généralement au juge par qui le premier mandat a été délivré, comme le prescrivait l'article 77 du Code de brumaire ainsi conçu : « En cas de concurrence, « l'instruction demeure à celui (au juge de paix) « qui a le premier délivré le mandat d'a-
« mener. »

(1) Loaré, t. XXV, p. 241, n° 14.

(2) Cass. 30 mai 1828 (Sir. 1828, I, 14); 7 janvier 1830, (Jur. gén. Dall., v° Comp. crim., n° 81); 17 nov. 1866 (Dal. 1868, I, 142).

Les règles de la compétence *ratione loci* reçoivent quelques exceptions ou restrictions dans certains cas spéciaux : 1° dans les cas d'infractions commises en pays étranger (art. 6, C. inst. cr.); 2° dans certaines instructions spéciales, par exemple celle de l'article 518, C. inst. cr., et dans le cas de renvoi après cassation ; 3° enfin dans les cas de délits connexes et indivisibles (art. 226, 227, 307, 526).

Les règles que nous venons d'établir sur la compétence du Juge d'instruction sont d'ordre public. L'exception d'incompétence peut donc être soulevée en tout état de cause, soit par le prévenu, soit par le Ministère public, soit par la partie civile. Lorsqu'elle est opposée devant le Juge d'instruction, il est investi du droit de prononcer sur l'exception soulevée, sauf appel de sa décision devant la Cour (art. 539). Disons enfin que le Juge d'instruction lui-même doit, aux termes de l'article 69, C. inst. cr., déclarer d'office son incompétence, toutes les fois qu'elle lui paraît résulter des faits « auquel cas il renverra l'affaire « devant le Juge d'instruction qui pourra en connaître. »

III. — L'instruction préparatoire suppose le concours simultané du Juge d'instruction et du Procureur de la République. Ces deux magistrats

doivent concerter leur action pour arriver à un même but : la protection de l'ordre social par l'application des lois pénales. Mais leurs fonctions sont essentiellement différentes ; la loi les a nettement déterminées en posant le principe de la séparation de la poursuite et de l'instruction.

Le Procureur de la République est le défenseur de la société ; investi de la mission de faire respecter la loi, il met l'action publique en mouvement , il est accusateur et conclut à toutes les mesures qui peuvent développer la procédure. Le Juge d'instruction, au contraire, est étranger à la poursuite et doit attendre les réquisitions du Ministère public pour se saisir d'une affaire. Mais il lui appartient d'exécuter les mesures prises par les magistrats du parquet ; c'est lui seul qui rassemble avec impartialité les preuves tant de l'innocence que de la culpabilité.

Cette délimitation entre le droit de poursuivre et d'instruire, qui est le principe fondamental de notre procédure criminelle, résulte de nombreux textes, notamment des articles 22, 47, 53, 54, 64, C. inst. cr. Cependant, quand un délit est flagrant il y a une importance spéciale à en saisir les preuves encore vivantes et à en constater immédiatement toutes les circonstances. Aussi, pour ce cas, le législateur a-t-il lui-même dérogé aux principes généraux en permettant au Procureur

de la République et au Juge d'instruction de cumuler les fonctions qui, en temps habituel, leur sont divisément attribuées.

Le Juge d'instruction acquiert alors une attribution nouvelle; il a le droit d'agir d'office, de mettre en mouvement l'action publique, de procéder aux actes de l'information sans en avoir au préalable été requis par le Ministère public. Ainsi le décide l'article 59, C. inst. cr. Quant au Procureur de la République, il peut, ainsi que ses auxiliaires, procéder seul et par lui-même aux actes de l'instruction. (art. 39 et 41.) Mais remarquons que le pouvoir exceptionnel du Procureur de la République et de ses auxiliaires ne s'étend pas au-delà des premières constatations; il cesse dès l'arrivée du Juge d'instruction, qui peut refaire les actes ou ceux des actes qui ne lui paraîtraient pas complets (art. 60).

Si, en principe, le droit de poursuivre et le droit d'instruire sont séparés, il n'en existe pas moins des rapports forcés entre les deux magistrats qui exercent ces pouvoirs, c'est-à-dire le Procureur de la République et le Juge d'instruction. « Hors le cas de flagrant délit, dit l'article « 61, le Juge d'instruction ne fait aucun acte « d'instruction ou de poursuite, qu'il n'ait donné « communication de la procédure au Procureur de « la République, qui pourra, en outre, requérir

« cette communication à toutes les époques de
« l'information, à la charge de rendre les pièces
« dans les vingt-quatre heures. » Ces rapports
ont lieu par voie de communication écrite, car
tous les actes de l'instruction préparatoire sont
écrits.

Mais, dans quels cas y a-t-il lieu à cette communication ? Il semble résulter des termes mêmes du texte qu'aucun acte de l'instruction ne peut être accompli par le juge s'il n'est précédé des réquisitions du Ministère public. Est-ce bien là le véritable sens de la loi ? Nous ne pensons pas que le législateur ait eu une semblable exigence. S'il en était ainsi, l'instruction deviendrait impossible ; l'action du juge serait perpétuellement entravée et retardée ; les inculpés verraient souvent se prolonger leur détention préventive sans aucun avantage pour la justice. Du reste, les paroles prononcées par Berlier, lors de la discussion de ce texte au Conseil d'Etat, ne laissent aucun doute à ce sujet : « Dès l'origine, dit-il, il est dû communication de la procédure au Ministère public ; « si toutefois cette communication devait avoir « lieu pour chaque acte de poursuite et d'instruction, cela pourrait s'étendre trop loin... » (1) L'article 61 lui-même nous indique la véritable

(1) Séance du 21 juin 1808. — Locré, t. XXV, p. 175.

pensée du législateur quand il déclare « que le
« Juge d'instruction délivrera, s'il y a lieu, le
« mandat d'amener et même le mandat de dépôt,
« sans que ces mandats doivent être précédés de
« conclusions du Ministère public. » L'article 87
déclare en outre que le Juge d'instruction pourra
se transporter d'office au domicile du prévenu pour
y faire des perquisitions. Ainsi donc le juge pour-
rait procéder seul aux actes les plus importants
de l'instruction, l'arrestation et les visites domici-
liaires et, au contraire, pour des actes secondaires
tels que l'audition d'un témoin ou la désignation
d'un expert, il lui faudrait au préalable être saisi
par les réquisitions du Ministère public. Ce serait
là une singulière conséquence de la loi si l'article
61 devait être interprété judaïquement et il est
vraiment difficile d'admettre une telle anomalie.
Nous croyons donc que les réquisitions du Minis-
tère public doivent seulement mais nécessairement
intervenir à deux époques : au seuil de la procé-
dure et à son terme, sans que jamais il y puisse
être dérogé. Mais entre ces deux points extrêmes
de la procédure le Juge d'instruction peut librement
se mouvoir ; il édifie l'instruction comme il croit
devoir le faire et sous sa seule responsabilité. Bien
que dans la pratique le Procureur laisse au juge la
liberté la plus complète il peut néanmoins, s'il le
veut, prendre au cours de la procédure telles réqui-

sitions qu'il jugera convenables ; mais c'est là pour lui une simple faculté, tandis qu'au début et au terme de l'instruction la loi lui impose une obligation.

Nous diviserons notre étude de la manière suivante :

Chapitre I. — Attributions du Juge d'instruction comme magistrat instructeur.

Chapitre II. — Attributions du Juge d'instruction relatives aux maisons d'arrêt et de justice.

Chapitre III. — Attributions du Juge d'instruction comme Juridiction d'instruction.

CHAPITRE I^{er}

ATTRIBUTIONS DU JUGE D'INSTRUCTION COMME MAGISTRAT INSTRUCTEUR

La justice est en général informée que des faits punissables ont été commis par une dénonciation ou une plainte ; c'est ainsi qu'elle est saisie des premiers éléments de la poursuite. Aussi, avant d'examiner les mesures que peut et doit prendre le Juge d'instruction pour arriver à la découverte de la vérité, devons-nous parler en quelques mots des dénonciations et des plaintes.

SECTION I^{re}

DES DÉNONCIATIONS ET DES PLAINTES

La dénonciation est l'acte par lequel on fait connaître à la justice une infraction aux lois pénales.

Quand la dénonciation est faite par la personne

qui a été lésée, elle prend le nom de plainte. Le-graverend la définit : « l'acte par lequel on appelle
« l'attention de la justice sur un fait rangé par la
« loi dans la classe des crimes, des délits ou des
« contraventions, et dont on a éprouvé quelque
« dommage en sa personne, en ses biens ou en
« son honneur » (1). La partie lésée peut ne pas
se borner à porter plainte, elle peut encore se
constituer partie civile c'est-à-dire intervenir
dans l'instance pour obtenir la réparation du pré-
judice que lui cause le délit.

Toute personne, qui se prétend lésée par un
crime ou un délit, peut, aux termes de l'article 63
C. inst. cr., en rendre plainte et se constituer par-
tie civile devant le Juge d'instruction. Ce texte
reproduit la distinction qui existait dans notre
ancien Droit. Sous l'empire de l'ordonnance de
1670, en effet, les plaintes comme aujourd'hui
étaient reçues par le juge, les dénonciations, au
contraire, par le Procureur du roi ou des sei-
gneurs (2).

Le devoir du Juge d'instruction qui reçoit une
plainte est tout d'abord d'examiner s'il est com-
pétent à raison du lieu du délit, de celui de la ré-
sidence ou de l'arrestation. Est-il incompétent, il
renverra la plainte au Juge d'instruction qui a

(1) Traité de la législation criminelle, t. I, p. 200.

(2) Ord. de 1670, t. VI, art. 1, 2, 6.

mission d'en connaître (art. 69). Si, au contraire, il est compétent, il devra communiquer la plainte au Procureur de la République « pour être par lui requis ce qu'il appartiendra » (art. 70).

Si la plainte a été directement portée au Procureur de la République, celui-ci la transmettra, s'il y a lieu, au Juge d'instruction avec son réquisitoire. Les plaintes présentées aux officiers auxiliaires de police seront envoyées au Procureur de la République, qui les transmettra, accompagnées du réquisitoire d'information, au Juge instructeur.

« Les plaignants, dit l'article 66, ne seront réputés partie civile s'ils ne le déclarent formellement, soit par la plainte, soit par acte subséquent ou s'ils ne prennent par l'un ou par l'autre des conclusions en dommages-intérêts. » La personne lésée peut donc se constituer partie civile dans sa plainte, c'est-à-dire devant le Juge d'instruction, qui est même seul compétent pour recevoir cette constitution quand elle se produit pendant l'information. Dans la pratique, ce moyen d'intervention est rarement employé et cela parce que, si la procédure se termine par une ordonnance de non-lieu, la partie civile ne peut revenir devant le tribunal correctionnel par une autre action, car il y a chose jugée. C'est généralement à l'audience que le plaignant prend des conclusions pour se constituer partie civile.

SECTION II

DU RASSEMBLEMENT DES PREUVES

Le réquisitoire du Ministère public, qui saisit le Juge d'instruction, a pour but de provoquer ce magistrat à rendre une ordonnance qui constituera le premier acte de l'information.

Cette ordonnance, appelée dans notre ancien Droit *permission d'informer* et connue dans notre droit actuel sous le nom d'ordonnance de *soit informé*, est requise par l'article 47, C. inst. cr., qui porte que le Procureur de la République « instruit » qu'il a été commis dans son arrondissement un « crime ou un délit sera tenu de requérir le Juge » d'instruction qu'il en soit informé. » En général, les Juges d'instruction suppriment cette ordonnance dans la pratique, parce qu'elle leur paraît inutile et qu'il y est implicitement suppléé par les premiers actes de l'information (1). Peut-être conviendrait-il de ne pas ainsi négliger cette formalité qui a été formellement établie par la loi ; elle est, en effet, le principe des actes qui suivent et n'en sont que l'exécution ; elle établit, en outre, au dé-

(1) Duverger, Manuel du Juge d'instruction, t. II, p. 56; Massabiau, Manuel du ministère public, t. II, p. 254.

but de la procédure, que le juge n'a ordonné l'information qu'après délibération et examen.

Le Juge d'instruction doit, avant tout, constater le corps du délit, c'est-à-dire les traces, les faits matériels qui proviennent de ce délit, en attestent l'existence, en font connaître les circonstances et en déterminent la gravité. « *De re priusquam de reo inquirendum est* », lisons-nous dans la loi romaine. « La première règle, dit Jousse, est « qu'avant tout on doit constater le corps du délit; « car si ce corps du délit n'est pas constant, c'est « en vain que le juge ferait entendre des témoins « pour en connaître l'auteur; quelques indices, « qu'il y eût d'ailleurs contre lui, sans ce préalable, toute la procédure serait inutile et vicieuse, « et ce serait un édifice qui, n'étant bâti sur aucun fondement, ne pourrait manquer de s'écrouler » (1). Le crime ainsi constaté, le juge pourra alors en rechercher l'auteur et procéder au rassemblement des preuves.

§ 1. — TRANSPORT SUR LES LIEUX

Le premier devoir du Juge d'instruction, avons-nous dit, est de constater le corps du délit; le premier acte de l'information doit donc être le

(1) Jousse, Traité de la just. crim., t. II, p. 14.

transport sur les lieux de ce magistrat. C'est, en effet, en visitant les lieux, en constatant la situation des choses au moment de la perpétration du délit, en appréciant le milieu dans lequel le fait s'est accompli, qu'il prendra une idée exacte de ce fait et le saisira avec son caractère propre ; c'est ainsi aussi qu'il pourra donner à l'information une direction certaine vers la découverte de la vérité.

Le législateur n'a point déterminé par avance les cas auxquels doit avoir lieu le transport du Juge d'instruction ; il les a laissés à sa libre appréciation et il n'en pouvait être autrement, la loi n'ayant pas les moyens de prévoir tous les cas où le besoin d'une inspection pouvait se présenter pour la justice. En général, le Juge d'instruction doit se transporter sur les lieux toutes les fois qu'il espère pouvoir arriver par cette mesure à la découverte d'un fait important pour la manifestation de la vérité matérielle et pour l'appréciation morale du fait incriminé. Cette règle n'a jamais été contestée, cependant les circulaires du Ministre de la Justice ont souvent tendu à la restreindre en vue de l'économie des frais de justice (1). Ce n'est, disent ces instructions, que dans des cas

(1) Circ. minist. de la justice des 30 sept. 1826, 20 nov. 1829, 16 août 1842, 26 décemb. 1845.

très graves et lorsque la présence des magistrats du chef-lieu est nécessaire soit pour recueillir les preuves, soit pour rétablir l'ordre, que doit avoir lieu le transport ; en principe, le soin de visiter les lieux et d'apprécier les premiers éléments de l'information, doit être confié au Juge de Paix. Certes l'économie en matière de frais de justice est désirable et nous ne saurions trop approuver les mesures qui tendent à les réduire, mais il ne faut cependant pas que cette économie soit poussée jusqu'à désarmer le juge de ses moyens nécessaires de preuve et d'action. Nous pensons donc que c'est à lui seul qu'il appartient d'apprécier l'utilité de transport et c'est pour lui un devoir de ne jamais négliger de se transporter sur les lieux, quand il peut par ce moyen arriver à une connaissance plus approfondie de l'affaire.

La forme du transport est ainsi réglée par l'article 62, C. inst. cr. : « Lorsque le Juge d'instruction se transporte sur les lieux, il sera toujours « accompagné du procureur de la République et « du Greffier du Tribunal. » Ainsi la loi donne dans un transport deux auxiliaires au Juge d'instruction, le Procureur de la République et le greffier. Mais si le Procureur de la République refuse formellement de se joindre à lui, que devra faire le Juge d'instruction ? Les avis sont loin d'être unanimes sur cette question.

M. Carnot (1) et M. Bourguignon (2) pensent qu'en cas de refus du Procureur de la République le magistrat instructeur doit adresser une réquisition au substitut et, au cas de refus de celui-ci, au Tribunal qui désignera un juge chargé des fonctions du Ministère public, conformément à l'article 20 du décret du 18 août 1810. M. Carnot reconnaît toutefois que, si le tribunal ne fait pas cette désignation, les actes accomplis par le Juge d'instruction n'en seront pas moins valables.

Cette opinion ne saurait être admise car elle est contraire au principe de l'indivisibilité du Ministère public ; elle aurait de plus pour conséquence de paralyser entre les mains du Juge d'instruction les pouvoirs qu'il tient de la loi et de suspendre ou d'entraver la marche de l'information. Aussi pensons-nous que, le Procureur de la République, n'étant pas, au sens même de la loi, un auxiliaire nécessaire du juge, celui-ci n'aura qu'à l'instruire du transport. S'il refuse de l'accompagner, le transport n'en aura pas moins lieu, car il ne saurait dépendre de la volonté du Ministère public de suspendre et même parfois d'arrêter une procédure valablement commencée. La Chambre d'accusation de la Cour de Montpellier, appelée à statuer sur

(1) Instr. cr., t. I, p. 298 et 299.

(2) Jurispr. des Cod. crim., t. I, p. 170.

cette question à propos du refus du procureur de Saint-Pons d'accompagner le Juge d'instruction au domicile d'une personne blessée pour y procéder à une confrontation, a adopté cette solution que soutient également M. Faustin-Hélie (1).

Si le Juge d'instruction, comme nous venons de le dire, peut valablement se transporter sans l'assistance du Ministère public, la présence du greffier, au contraire, est dans tous les cas une condition essentielle de la régularité du transport. La présence de cet officier ministériel constitue la juridiction du juge et atteste qu'il agit comme juge et dans l'exercice de l'autorité dont il est investi par la loi. Bien que l'article 62 porte que le Juge d'instruction devra être accompagné par le greffier du Tribunal, il est admis que celui-ci pourra se faire remplacer par des commis-greffiers assermentés (2). De plus, au cas d'empêchement du greffier et des commis-greffiers, le Juge d'instruction pourra désigner pour remplir leurs fonctions tout citoyen âgé de vingt-cinq ans, après lui avoir préalablement fait prêter serment. Ce principe déjà consacré par l'ordonnance de 1670 (3) a été reconnu exact par la Cour de Cassation qui déclare

(1) Arr. 25 juin 1846 (J. P., t. II, p. 151). — Faustin-Hélie, *Traité de l'Inst. Crim.*, t. IV, n° 1620.

(2) Déc. 18 août 1810. Art. 25.

(3) T. VI. Art. 6.

« que les présidents des Cours d'Assises, comme
« tous juges procédant à une instruction, ont,
« quant aux actes qui présentent un caractère
« d'urgence, et en cas d'empêchement, le droit de
« remplacer les greffiers qui leur sont attachés, en
« commettant toute personne ayant l'âge requis par
« la loi et la qualité de Français (1). » Cette déci-
sion se justifie d'elle-même, car l'information ne
saurait être entravée par l'absence d'un officier mi-
nistériel dont le rôle, s'il est important, n'en est
pas moins que secondaire.

Le Juge d'instruction, au lieu de se faire accom-
pagner par le greffier du tribunal, pourra-t-il se
faire assister par le greffier de la justice de paix
du canton où a lieu le transport. ?

Certains auteurs ont soutenu la négative en se
basant sur l'article 62 qui déclare formellement
que le juge sera accompagné du greffier du Tribu-
nal. L'article 73, qui dispose que les témoins
seront entendus par le Juge d'instruction assisté
de son greffier, leur fournit un second argument.
Il ne faut pas, selon nous, exagérer la portée de
l'article 62 dont le but est surtout de donner au
Juge d'instruction le droit de requérir l'assistance
du greffier du Tribunal et de le mettre ainsi à sa
disposition. Le magistrat instructeur pourra donc

(1) Cass. 3 sept. 1852. (Bull. n° 308),

se faire assister par l'un ou l'autre de ces officiers ministériels ; ils offrent les mêmes garanties, les mêmes conditions étant exigées pour être greffier de paix ou greffier d'un tribunal de première instance. Les transports par ce moyen seront moins onéreux et pourront par suite être plus fréquents, ce qui n'est pas sans importance tant au point de vue de l'inculpé qui, en définitive, supporte les frais, qu'au point de vue de l'intérêt de la justice. C'est du reste dans ce sens que les instructions du Ministre de la Justice ont, à deux reprises différentes, résolu la question (1).

L'assistance du Procureur de la République et du greffier aux opérations du Juge d'instruction n'est pas toujours suffisante. Il peut, en effet, se présenter des cas graves et délicats dans lesquels, pour se rendre un compte exact de la nature et des circonstances du délit, il faut des connaissances spéciales. La loi ordonne alors au Juge d'instruction de se faire accompagner d'une ou deux personnes présumées par leur art ou profession capables d'apprécier les faits (art. 43). S'agit-il par exemple d'une mort violente ou d'une mort dont la cause est inconnue et suspecte, il devra se faire assister de un ou deux officiers de santé, qui feront leur rapport sur les causes de la mort et l'état du

(1) Déc. des 25. octob. 1825 et 14 avril 1827.

cadavre. Comme il ne rentre pas dans notre étude d'examiner les expertises, nous dirons seulement que les experts doivent prêter serment « de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience. » Leur opinion doit être motivée afin de permettre aux Tribunaux d'en apprécier la valeur.

Le Juge d'instruction doit rédiger un procès-verbal dans lequel il relate toutes les opérations auxquelles il a procédé ; il y constate tous les faits matériels avec la plus grande fidélité pour permettre aux juges de se les représenter comme s'ils en avaient été les témoins. Ce procès-verbal rédigé par le Juge d'instruction lui-même doit en outre contenir la date de sa rédaction, les noms du juge, du Procureur de la République et du greffier.

§ 2. — VISITES DOMICILIAIRES ET SAISIES.

Le Juge d'instruction a reçu de la loi le pouvoir de s'introduire et d'opérer des recherches dans tous les lieux où il présume trouver des traces du délit et le droit de saisir les objets ou écrits de toute nature susceptibles de constituer des éléments de preuve (art. 87 et 88).

Le droit de perquisition du Juge d'instruction est absolu, puisqu'il s'étend à tous les objets jugés

utiles à la manifestation de la vérité, en quelque lieu qu'ils soient situés. Il en est autrement du droit accordé au Procureur de la République et à ses auxiliaires au cas de flagrant délit; ce droit exceptionnel, né de l'urgence des circonstances qui le produisent et qui expire avec elles, ne s'exerce que sous certaines conditions. Ce dernier magistrat en effet peut seulement instruire : 1° au cas de fait flagrant ; 2° au cas où le fait est passible d'une peine afflictive ou infamante ; 3° il ne peut procéder à des perquisitions qu'au domicile du prévenu.

Ce droit du Juge d'instruction de faire des visites domiciliaires crée une exception fort importante à un principe de notre droit public qui, après la liberté individuelle, constitue le plus précieux des droits des citoyens : *l'inviolabilité du domicile*. Depuis 1789, toutes les constitutions ont reconnu et sanctionné ce principe. L'article 3 de la Constitution de 1848 déclare que : « la « demeure de toute personne habitant le territoire français est inviolable ; il n'est permis d'y « pénétrer que selon les formes et dans les cas « prévus par la loi. » L'article 184 du Code pénal, sanctionnant le principe, prononce une peine correctionnelle contre « tout fonctionnaire « de l'ordre administratif ou judiciaire qui se sera « introduit dans le domicile d'un citoyen contre

« le gré de celui-ci, hors les cas prévus par la loi » et sans les formalités qu'elle a prescrites. » Sans doute, le droit de perquisition qu'accordent au Juge d'instruction les articles 87 et 88 se légitime par un motif d'utilité générale, mais il n'en constitue pas moins un droit exceptionnel; aussi estimons-nous qu'il doit être resserré plutôt qu'étendu et qu'il n'y a lieu de l'employer par conséquent que dans les cas où son application est indispensable à l'instruction.

Les articles 87 et 88 attribuent au Juge d'instruction seul, hors le cas de flagrant délit, le pouvoir de procéder à des visites domiciliaires. Cependant la pratique, s'appuyant sur des autorités considérables et aussi sur la jurisprudence de la Cour Suprême, délègue journellement des officiers de police judiciaire et notamment le Juge de Paix à l'effet de procéder à des visites domiciliaires. Nous ne croyons pas cette pratique conforme aux principes.

Plusieurs circulaires ministérielles ont vivement insisté pour que ce droit de délégation fût souvent employé afin de diminuer les frais de l'instruction (1). Cette raison, ainsi que celle fondée sur la nécessité du service judiciaire, ne saurait nous arrêter. Une raison d'économie, une nécessité de

(1) Circ. minist. 19 avril 1814; 9 avril 1825; 16 août 1842.

service ne peuvent justifier une infraction aux prescriptions de la loi, qui a voulu entourer des garanties les plus sérieuses les intérêts individuels les plus sacrés; ajoutons qu'aujourd'hui la facilité plus grande des communications dans toutes les localités enlève à ce motif une partie de son importance.

Cette opinion trouve son principal appui dans un arrêt de la Cour de Cassation, du 6 mars 1841. dont voici les principaux considérants : « Attendu
« que l'article 83, C. inst. cr., qui spécifie un cas
« où le Juge d'instruction peut déléguer un juge
« de paix pour entendre des témoins, n'est pas
« limitatif;— que si les articles 87, 88, 89 et 90 du
« même Code déterminent la marche à suivre
« par le Juge d'instruction pour la perquisition des
« papiers, effets ou autres objets utiles à la mani-
« festation de la vérité, ces articles ne lui inter-
« disent pas de déléguer pour cette perquisition
« un ou plusieurs juges de paix de son arrondis-
« sement ; — qu'on ne saurait comprendre que le
« Juge d'instruction n'eût pas cette faculté, quand
« l'article 52 l'accorde aux Procureurs en cas de
« flagrant délit;—qu'un système contraire entrave-
« rait nécessairement la marche de la justice;—
« qu'il en résulterait de graves inconvénients là
« où, comme dans l'espèce, la découverte de la
« vérité exige des perquisitions simultanées et sur

« plusieurs points éloignés les uns des autres » (1).

Ainsi dans cet arrêt il y a des arguments de texte et des arguments de fait. A ces derniers, la réponse est facile. Certes il peut se présenter dans la pratique judiciaire tels ou tels cas déterminés, dans lesquels la délégation offrirait des avantages incontestables et même serait nécessaire pour éviter les lenteurs de l'information et la prolongation des détentions préventives. Nous ne le nions pas, mais peut-on conclure de ce que ce droit de délégation aurait sa raison d'être qu'il est écrit dans la loi et qu'il est laissé sans limites à la discrétion du juge ? Examinons donc si ce droit est établi par les textes sur lesquels la Cour de Cassation a édifié son arrêt.

On prétend que l'article 83, qui donne au Juge d'instruction le droit de déléguer un juge de paix pour l'audition des témoins, ne renferme qu'une application du principe d'après lequel, dit Legraverend, « le droit de déléguer tient aux règles « générales de la procédure criminelle » (2). Mais c'est là une pure affirmation, et, au lieu d'un argument d'analogie, c'est, au contraire, un argument *a contrario* que nous tirons de l'article 83. L'assimilation est-elle possible entre les deux es-

(1) Bull. (n° 56).

(2) Tr. de législ. cr., t. I, p. 285.

pèces et peut-on vraiment comparer une audition de témoins à ce droit exorbitant qui autorise à pénétrer dans un domicile privé et à s'y livrer à toutes les investigations que nécessitera une poursuite ? M. Legraverend oublie-t-il donc que le droit de faire des perquisitions n'a pas seulement pour effet d'ouvrir les portes d'un domicile que la loi déclare inviolable mais encore d'abandonner aux recherches la maison entière, tous les papiers domestiques, tous les secrets de la famille ? Un officier de police judiciaire présentera-t-il les garanties suffisantes pour rassurer des intérêts aussi sacrés ? N'y a-t-il pas lieu de craindre que les recherches ne soient excessives, inquisitoriales, si celui qui y procède ne connaît pas à fond sur quel point exact et isolé doit porter sa perquisition ?

Les articles 87, 88, 90 n'interdisent pas, dit l'arrêt, le droit de délégation. Soit, ils ne prononcent pas explicitement cette interdiction, mais il suffit, je crois, de comparer l'article 90 avec l'article 84 pour justifier notre thèse. L'article 90 porte : « si les papiers ou les effets dont il y aura
« lieu de faire la perquisition sont hors de l'ar-
« rondissement du Juge d'instruction, il requerra
« le Juge d'instruction du lieu où on peut les
« trouver de procéder aux opérations prescrites
« par les articles précédents. » Ainsi, dans le
« cas visé par ce texte, c'est un Juge d'ins-

truction qui, par commission rogatoire, procèdera aux perquisitions; il n'est nullement question de confier une pareille mission à un juge de paix ou à un autre officier de police judiciaire. Dans l'article 83, au contraire, la rédaction n'est plus la même, puisque le droit de commettre un juge de paix à l'audition des témoins y est explicitement écrit. N'est-ce pas que ce dernier article contient une exception et que dès lors on ne saurait en étendre les dispositions au-delà du cas spécial qu'il vise, en vertu du principe « *exceptio est strictissimæ interpretationis.* » Quant à l'argument tiré de l'article 52 et invoqué en dernier lieu par la Cour de Cassation, je ne le crois pas concluant. Étendre par analogie cet article, ce serait appliquer les règles toutes spéciales du flagrant délit au cas de délit non flagrant. D'autre part, le droit de procéder à des visites domiciliaires n'est conféré au Procureur de la République que sous certaines conditions restrictives. Aucune limite, au contraire, n'entrave l'action du Juge d'instruction; son droit étant par suite absolu, on comprend que la loi ne lui ait pas permis de le déléguer à un autre officier de la police judiciaire.

Ainsi donc le législateur, obligé, dans l'intérêt de la justice, d'autoriser les visites domiciliaires, a voulu les entourer des garanties les plus sérieuses et ces garanties il ne les rencontrait que chez un

homme capable, discret et expérimenté, chez le Juge d'instruction. Les visites domiciliaires ne doivent pas être une mesure de police, mais une mesure d'instruction, or, substituer à la personne du juge celle du commissaire de police est, selon nous, substituer à la forme judiciaire la forme administrative ; c'est imprimer à une mesure de justice le caractère d'une mesure de police. Il n'y a plus là, suivant les paroles de Mittermaier : « la « constatation judiciaire proprement dite, celle « qui fait foi entière, parce qu'elle émane d'un « magistrat hautement impartial, connaissant « toute l'importance de l'acte auquel il procède et « sachant au juste sur quoi doit porter son « examen. » (1).

Aux termes de l'article 39, que l'article 89 déclare applicable en notre matière, le prévenu doit être présent aux perquisitions ou s'y faire représenté par un fondé de pouvoir. S'il s'agit de pratiquer une perquisition non plus au domicile du prévenu, mais à celui d'un tiers, ce tiers doit être également invité à y assister et, comme l'inculpé, il a le droit de se faire représenter par un fondé de pouvoir. Le Juge d'instruction peut employer la force pour faire ouvrir la maison et les appartements dans lesquels il veut pénétrer ; il a éga-

(1) De la preuve en matière criminelle, ch. XIII.

lement le droit de faire ouvrir les meubles dans lesquels il espère trouver des pièces à conviction.

Le Juge d'instruction ne peut cependant s'introduire à toute heure dans le domicile du prévenu ou d'une autre personne. Les perquisitions ne doivent être faites que pendant le jour, puisque, aux termes de l'article 76 de la Constitution du 22 frimaire an VIII, nul ne peut pénétrer dans une maison habitée pendant la nuit « si ce n'est en « cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation faite de l'intérieur d'une maison. » Par nuit, il faut entendre le temps déterminé par l'article 4037 du Code de procédure civile, temps qui varie avec les saisons, la nuit allant de six heures du soir à six heures du matin, d'octobre à avril, et de neuf heures du soir à quatre heures du matin, d'avril à octobre (1).

Cette règle admet néanmoins quelques exceptions. D'abord, si la perquisition a été commencée pendant le jour, elle peut être continuée pendant

(1) Le projet de réforme du Code d'instruction criminelle adopté par le Sénat autorise l'entrée, la nuit, dans le domicile des citoyens, indépendamment des cas prévus par l'article 76, mais seulement au cas où un crime se commet ou vient de se commettre ; cette entrée n'est permise qu'aux officiers de police judiciaire seuls ou bien aux dépositaires de la force publique pour faire exécuter les mandats émanés des officiers de la police judiciaire.

la nuit, car la loi n'a eu pour but de défendre que l'introduction pendant la nuit et non la continuation de recherches commencées en temps voulu. Une seconde exception nous est indiquée par la loi des 19-22 juillet 1791 ; aux termes des articles 9 et 10 de cette loi, les officiers de police peuvent *en tout temps*, pénétrer dans les cafés, cabarets, maisons de jeux de hasard ou lieux livrés notoirement à la débauche pour constater le désordre et les contraventions aux règlements.

Les visites domiciliaires ont pour but de saisir tous les objets qu'on est convenu d'appeler *pièces à conviction* c'est-à-dire ceux qui ont servi à commettre le crime ou le délit ou bien qui en sont le produit, en un mot tous les objets jugés utiles à la manifestation de la vérité. Ce droit de saisie est établi par les articles 35, 37, 89 C. inst. cr. qui reconnaissent au Juge d'instruction un pouvoir absolu, en lui prescrivant d'instruire tant à charge qu'à décharge. Mais c'est un devoir strict pour le juge de borner non seulement la saisie mais même ses investigations aux pièces qui se rattachent directement au crime ou au délit ; l'intérêt de la justice ne doit jamais lui faire oublier le respect dû au secret des papiers domestiques. A ce sujet s'élève une question fort importante, celle de savoir si le droit de procéder à des visites domiciliaires et à des saisies au domicile des tiers subsiste quand

ce tiers possède le caractère de dépositaire public, s'il est par exemple notaire, avocat ou avoué.

La loi organique du notariat (25 ventôse an XI) porte dans ses articles 22 et 23 que « les notaires « ne pourront se dessaisir d'aucune minute *si ce* « *n'est dans les cas prévus par la loi* » et « qu'ils « ne pourront *sans l'ordonnance du président du* « *tribunal de première instance* délivrer expédition « *ni donner connaissance* des actes à d'autres « qu'aux parties intéressées. » Nous trouvons dans les articles 452 et 454 C. inst. cr. deux cas prévus par la loi. Aux termes du premier de ces articles « tout dépositaire public de pièces arguées de faux « est tenu..... de les remettre sur l'ordonnance « donnée par le Juge d'instruction. » Or, la question qui se pose est la suivante : ne faut-il pas placer à côté du cas spécialement prévu en matière de faux le droit de saisie que les articles 37, 38 et 89 donnent au Juge d'instruction sur les papiers qui peuvent servir à conviction ou à décharge ?

L'intérêt des familles exigerait peut-être, nous ne le nions pas, que le dépôt des actes et des conventions soit inviolable ; peut-être serait-il également juste de soustraire à tous les regards les actes qui sont la propriété des tiers ? De semblables considérations ne sont certes pas sans valeur mais elles ne nous arrêtent pas car la justice ne saurait, à

notre avis, être un seul instant entravée par l'intérêt personnel de chaque individu. Toutefois dans notre solution nous admettons une distinction. Les notaires ne sont pas seulement les rédacteurs des conventions, ils sont aussi, dans beaucoup de circonstances, les conseils des parties ; ils ne sont pas seulement dépositaires des minutes des actes qu'ils rédigent, ils reçoivent souvent, avec les confidences qui leur sont faites, la communication et le dépôt de papiers, de lettres et de pièces qui ne leur sont remis que sous le sceau du secret. Aussi pensons-nous que le Juge d'instruction devra arrêter ses investigations devant la déclaration des notaires que tels ou tels papiers sont un dépôt confidentiel. A ce titre la Cour de Cassation les a, avec raison, assimilés aux personnes qui, à cause de leurs fonctions ou de leur ministère, sont dispensés de témoigner des faits dont elles ont acquis la connaissance dans l'exercice de ces fonctions ou de ce ministère (1). Mais en dehors de ce cas exceptionnel, c'est-à-dire si ce n'est pas à titre confidentiel que le dépôt a été effectué, le droit de l'instruction ne doit rencontrer aucun obstacle en ce qui concerne la vérification et la saisie des actes et papiers.

La même solution doit être adoptée au sujet des

(1) Cass. 15 juin 1853. (Sir. 53, I, 379).

perquisitions à effectuer dans le cabinet d'un avocat ou dans l'étude d'un avoué. Si les recherches sont relatives à des objets confiés à l'avocat en dehors de sa profession, son cabinet ne peut être inviolable. Mais il en serait autrement si les pièces étaient des documents pouvant servir à la défense du prévenu qui lui a confié ses intérêts ; leur possession se lierait alors au droit sacré de la défense et en exiger la communication serait porter atteinte à ce droit lui-même. Il en est de même des avoués. Le secret professionnel auquel ils sont soumis, ainsi que les notaires, est d'ordre public ; la justice elle-même ne peut les en délier et ni l'intérêt privé d'un tiers ni l'intérêt général de la société ne sauraient en justifier la violation.

Le principe de l'inviolabilité des lettres admis par la législation romaine a été aussi de tout temps reconnu dans l'ancien Droit et de nombreuses décisions judiciaires l'ont même consacré. Le droit intermédiaire se prononça avec non moins d'énergie pour le secret des lettres. Un décret des 10-14 août 1790 proclame que « le secret des lettres est « inviolable et que, sous aucun prétexte, il ne peut « y être porté atteinte ni par les corps ni par les individus. » L'article 23 de la section IV du Code pénal des 25 septembre, 6 octobre 1791, et l'article 638 du Code du 3 brumaire an IV, apportèrent

une sanction en édictant des peines contre « qui-
« conque sera convaincu d'avoir volontairement
« et sciemment supprimé une lettre confiée à la
« poste ou d'en avoir brisé le cachet et violé le
« secret. » Nos Codes n'ont point formellement
reproduit ce principe, mais il n'en existe pas moins
puisque l'article 187 du Code pénal prononce une
peine contre « toute suppression, toute ouverture
« de lettres confiées à la poste, commise ou faci-
« litée par un fonctionnaire ou un agent du gouver-
« nement ou de l'administration des postes. » Ce
principe, incontestable par lui-même, est-il oppo-
sable au Juge d'instruction ? M. Mangin a soutenu
l'affirmative, se basant sur l'article 88 qui n'auto-
rise les perquisitions dans des lieux autres que le
domicile du prévenu qu'au cas où il y a présomp-
tion que des objets pouvant servir de preuve du
crime ou du délit y ont été cachés. « On ne peut,
« dit-il, considérer des lettres confiées à la poste
« comme des objets qui ont été cachés (1) ». Nous
pensons cependant que les lettres qui sont adressées
au prévenu ou qui émanent de lui peuvent faire
l'objet d'une saisie dans les bureaux de poste, car
elles sont présumées constituer des pièces de con-
viction et dès lors appartiennent à l'instruction.
Trouvées à son domicile, elles auraient pu être

(1) Mangin, Instr. écrite, p. 162.

saisies car, étant en sa possession, elles sont frappées de suspicion par le seul fait de la prévention. Peut-on dès lors admettre que leur dépôt à la poste puisse paralyser le droit d'investigation accordé par la loi au juge ? Ne serait-ce point là faire de l'administration des postes un instrument destiné à servir forcément et aveuglément à la perpétration des crimes et à en assurer l'impunité ? Le législateur, en reconnaissant le secret des lettres, n'a pas pu vouloir que ce principe fût un obstacle à la répression des délits et des crimes. Aussi est-ce avec raison, à notre avis, que plusieurs arrêts de la Cour de Cassation ont consacré cette solution (1). Toutefois les lettres, qui n'émanent pas du prévenu et qui sont adressées à des tiers, ne peuvent être l'objet d'aucune saisie car elles ne sauraient, lorsqu'elles sont encore fermées, être réputées pièces de conviction. Rien ne justifierait un principe qui, dans ce cas, autoriserait la saisie par laquelle « on violerait, disait Mirabeau, les « secrets des familles, le commerce des absents, « les confidences de l'amitié, la confiance entre les « hommes (2) ».

(1) Cass. 13 octobre 1832. (Sirey. 1832-I-730. — Ch. réunies 21 nov. 1853. — (Sir. 1853-I-774.) — Adde arr. Paris 30 janvier 1836. — (Sir. 1837-II-267.) — En ce qui concerne le secret des cartes postales (Cass. 21 nov. 1874 (Sir. 75, I, 89).

(2) Moniteur du 24 au 25 juillet 1789 et du 28 au 29 juillet suivant.

Il doit être procédé à la saisie en présence du prévenu auquel tous les objets seront représentés ; puis ensuite ils seront clos, cachetés et étiquetés. Si ces objets ne sont pas susceptibles de recevoir des caractères d'écriture, ils seront mis dans un vase ou dans un sac sur lequel le Procureur de la République attachera une bande de papier qu'il scellera de son sceau. Ces différentes opérations terminées, le juge, aux termes de l'article 35, C. instr. cr., « dressera du tout procès-verbal. »

§ 3. — VISITES CORPORELLES

Le Juge d'instruction a aussi le droit, dans certains cas, de faire procéder à des visites corporelles tant de la victime que de l'auteur du crime ou du délit. Dans certaines affaires ce moyen est même le seul efficace pour arriver à la découverte de la vérité. Cette visite doit être faite, conformément à l'article 44, par des experts, médecins ou sages-femmes, avec tous les ménagements possibles et dans les cas seulement où la nécessité en est bien démontrée.

§ 4. — DE L'AUDITION DES TÉMOINS OU DE L'INFORMATION

« On appelle en général information, dit Jousse, « tous les actes qui tendent à établir la preuve

« d'un crime et à en découvrir les auteurs ; mais
« on donne plus particulièrement ce nom à l'acte
« ou procès-verbal qui contient les dépositions
« des témoins qui sont entendus sur le crime,
« pour raison duquel on informe. Ainsi, dans ce
« sens, l'information est, en matière criminelle,
« ce qu'est l'enquête en matière civile. » Ainsi
l'information dans son acception la plus étendue
comprend tous les actes de l'instruction préalable,
dans son acception restreinte seulement l'audition
des témoins. C'est ce dernier sens que l'article 76,
C. inst. cr., a donné à notre expression et c'est
aussi avec ce sens que nous allons l'étudier.

L'information est la base et le fondement du
procès criminel, disaient les anciens criminalistes ;
« les témoins, suivant l'expression de Bentham,
« sont les oreilles et les yeux de la justice. » C'est
par eux, en effet, que le juge voit et entend les
faits qu'il doit apprécier ; par leurs dépositions il
aperçoit les faits eux-mêmes et il en devient, pour
ainsi dire le témoin. « Mais ce merveilleux instru-
« ment de la vérité, dit M. Faustin-Hélie, comme
« toutes les choses humaines, a ses imperfections
« et ses débilités » (1). L'homme, en effet, sujet
aux passions, n'écouterait tantôt que l'intérêt per-
sonnel, tantôt il céderait à un sentiment d'affection

(1) Inst. crim., t. IV, n° 1829.

ou de haine, tantôt encore il se laissera guider par la crainte ou le désir de la vengeance. Aussi la loi a-t-elle cru devoir prendre des mesures pour assurer l'impartialité des témoins. Mais avant d'étudier les formes prescrites pour l'audition des témoins, nous devons d'abord examiner les règles générales de l'information.

Dans notre ancienne législation, le secret de l'information était un principe absolu. « Les juges, « disait Jousse, doivent bien prendre que le secret des informations ne soit jamais divulgué, « ce secret étant absolument essentiel pour la « découverte et pour la punition des crimes » (1). Sous le droit intermédiaire, au contraire, les témoins devaient être interrogés *en présence du prévenu*, s'il était arrêté (2); était-il arrêté après l'audition des témoins, lecture de leurs dépositions devait lui être donnée après son interrogatoire (3). Quel est de ces deux systèmes celui qui a été adopté par le Code de 1808? Il n'a reproduit en termes exprès aucune des dispositions des deux législations qui l'ont précédé; mais on induit le principe du secret de l'ensemble de l'instruction et spécialement de l'article 73, C. inst. cr., qui dispose que les témoins seront en-

(1) T. I, p. 392.

(2) Loi des 16-29 sept. 1791.

(3) Loi du 7 pluviôse an X, art. 40.

tendus séparément et hors la présence du prévenu. Cette solution a, du reste, été confirmée par deux arrêts de la Cour de Cassation (1). Le secret de l'information se justifie-t-il ? Je m'expliquerai sur ce point en examinant les réformes dont est susceptible l'instruction. Non-seulement l'instruction est secrète mais elle doit être faite par écrit ; la nécessité de cette règle est évidente. La mission du magistrat instructeur, en effet, ne consiste pas seulement à acquérir la connaissance personnelle des faits, elle a aussi pour but de transmettre cette connaissance aux juges qui, dans la suite, seront appelés à se prononcer sur l'instruction et à en apprécier les résultats ; le mode de cette transmission ne peut dès lors être que l'écriture.

Le Juge d'instruction possède un pouvoir discrétionnaire à l'égard des témoins à entendre ; c'est ce qui résulte de l'article 74, C. inst. cr., ainsi conçu : « Le Juge d'instruction fera citer devant lui les personnes qui auront été indiquées « par la dénonciation, par la plainte, par le Procureur de la République *ou autrement*. » Cependant il devra user de ce pouvoir avec mesure et ne citer que les témoins dont les dépositions sont indispensables à la manifestation de la vérité.

(1) 19 mai 1827 (J. P., t. XXI, p. 450) ; 31 août 1833 (J. P., t. XXV, p. 867).

De plus, dans le choix des témoins, il ne devra jamais oublier ce principe que l'instruction est faite à charge et à décharge et, en conséquence ne pas négliger d'appeler ceux qui lui seront désignés par l'inculpé.

L'ordonnance par laquelle le Juge d'instruction cite les témoins à comparaître, se nomme *cédule*; comme toutes les ordonnances, elle est exécutée à la requête du Procureur de la République. Cette citation constitue une formalité indispensable; il n'y a d'exception que pour le cas de flagrant délit, qui exclut naturellement les lenteurs d'une citation préalable. La raison de cette règle est que les témoins qui se présentent spontanément sont suspects pour ou contre le prévenu et que leur empressement élève une sorte de présomption qu'ils déposent avec trop de facilité.

« Les témoins, dit l'article 73, doivent être entendus séparément et hors la présence du prévenu, par le Juge d'instruction, assisté de son greffier. » De cette prohibition ainsi limitée, on pourrait induire que la partie civile et le Ministère public peuvent être présents à l'audition, ce serait une erreur.

Le Juge d'instruction seul et son greffier sont présents; toute personne étrangère *doit être* écartée, excepté au cas de flagrant délit, où l'on admet la présence du Procureur de la République,

parce qu'il importe que ce magistrat soit promptement averti de la marche de la procédure (1).

Certaines formés sont prescrites pour l'audition des témoins ; leur omission n'emporte aucune nullité. « Elles seront remplies, dit l'article 77, à « peine de cinquante francs d'amende contre le « greffier, même, s'il y a lieu, de prise à partie « contre le Juge d'instruction. » Le législateur, en décidant ainsi, n'a pas voulu qu'une simple négligence pût vicier la procédure et ralentir le cours de la justice.

Les dépositions des témoins sont orales ; la spontanéité est la garantie de leur sincérité. Les témoins doivent être *entendus et non pas interrogés* ; le juge doit les laisser parler en toute liberté et se borner à recueillir leurs dépositions. Un interrogatoire offrirait ce grave danger de tracer au témoin la voie qu'il doit suivre, de lui dicter en quelque sorte ses réponses, le plus souvent au préjudice de l'inculpé. Toutefois, quand le témoin a cessé de parler, si sa déposition présente des lacunes, des contradictions ou des obscurités, le juge a le droit et même le devoir de lui adresser des questions. « Mais il doit éviter, dit Jousse, de « rien suggérer au témoin et de l'intimider ou sé-

(1) Duverger, t. I, n° 146.

« duire pour l'engager à déposer. Il doit lui laisser dire librement tout ce qu'il sait et sans user à son égard d'aucune promesse ni crainte....., autrement il commet un grand crime devant Dieu et pourrait avec justice être poursuivi et puni sévèrement comme prévaricateur » (1).

Le Juge d'instruction doit s'attacher avec soin à discerner le mode suivant lequel le fait est arrivé à la connaissance du témoin. Les témoins par ouï-dire, en effet, c'est-à-dire qui ne font que rapporter ce qu'ils ont entendu, ne sauraient exercer une grande influence sur les décisions des Tribunaux, car les faits s'altèrent quand ils passent par plusieurs bouches et ils n'offrent plus une grande garantie de certitude. Le témoignage ne peut réellement faire foi et entraîner la conviction des magistrats qu'autant qu'il est le résultat des observations personnelles de celui dont il émane. Le juge doit également apprécier le degré d'instruction du témoin, son indépendance et sa moralité; ce sont là autant d'éléments de la confiance qu'il doit inspirer à la justice.

Rien ne s'oppose à ce qu'un témoin, déjà entendu, soit de nouveau appelé à déposer sur les faits qui forment l'objet de l'information. C'est ce qu'on appelait dans l'ancienne jurisprudence le

(1) Jousse, t. II, p. 88.

recolement, formalité qui ne pouvait être remplie qu'à l'audience. Le juge peut aussi confronter les témoins avec le prévenu, mais peut-il les confronter entre eux pour expliquer les points obscurs ou contradictoires de leurs dépositions ? L'article 73, C. inst. cr., édictant que les témoins devront être entendus séparément, défend implicitement cette confrontation. La confrontation des témoins pourrait en outre produire ce résultat dangereux de les avertir de leurs contradictions et de les provoquer, au détriment de la vérité, à les faire disparaître, en se mettant d'accord sur les faits. « Ce serait, dit avec raison, Ayrault, faire office d'accusateur, non pas de juge ; ce serait ne chercher qu'à condamner, non à absoudre » (1). Nous pensons que cette règle, qui, du reste, est conforme au texte de l'article 73, doit être maintenue dans notre pratique.

Le procès-verbal de l'information doit être, autant que possible, la reproduction textuelle des déclarations des témoins. « Il importe, dit M. Faustin-Hélie, pour imprimer à cette déclaration son caractère vrai, de lui conserver son langage, ses locutions plus ou moins affirmatives, ses expressions plus ou moins impropres, en un mot, sa véritable physionomie ; la revêtir de formes

(1) Instr. jud., p. 276.

« nouvelles, la traduire dans une langue plus cor-
« recte, c'est risquer d'en altérer le sens. Ce que
« la justice recherche, ce n'est pas l'élégance des
« mots, c'est leur vérité; ce qu'elle demande au
« procès-verbal, ce n'est pas une analyse claire
« et précise de l'enquête, c'est cette enquête
« elle-même avec ses prolixités et ses contradic-
« tions » (1).

L'article 76, C. inst. cr., nous indique les formes matérielles de ce procès-verbal : 1° Les dépositions doivent être écrites par le greffier sous la dictée du juge ; 2° elles doivent être écrites en présence du témoin auquel il en est immédiatement donné lecture ; 3° le juge doit demander au témoin s'il persiste dans sa déposition, c'est-à-dire si elle est ce qu'il a voulu dire et s'il la maintient ; 4° chaque déposition doit être signée du greffier, du témoin et du juge ; 5° mention doit être faite que le témoin ne veut ou ne peut signer.

L'article 78 ajoute : « Aucune interligne ne
« pourra être faite ; les ratures et les renvois se-
« ront approuvés et signés par le Juge d'instruc-
« tion, par le greffier et par le témoin sous les
« peines portées en l'article 77. » Les interlignes,
« ratures et renvois non approuvés seront réputés

(1) Instr. crim., n° 1870.

« non avenus. » La Cour de Cassation, par un arrêt du 16 juillet 1835, a rendu ces dispositions applicables aux surcharges (1). Elle a aussi décidé qu'il ne suffisait pas que les renvois fussent paraphés, mais, dans la pratique, le simple paraphe est généralement adopté, ce qui ne peut avoir aucun inconvénient.

§ 5. — INTERROGATOIRE DE L'INCULPÉ.

« Il faut, dit Ayrault, entendre et puis juger.
« Cette maxime est si naturelle, si raisonnable, si
« conforme à tous droits, que ce serait violer cet
« univers et mettre dessus dessous ciel et terre
« que d'en user et pratiquer autrement. La loi
« d'ouïr un accusé et de faire et parfaire son pro-
« cès auparavant que le juger est loi partout :
« d'autant que son origine procède d'une droite
« et perpétuelle raison, d'une lumière diffuse avec
« nous (2). » C'est, en effet, une règle qui dérive
de la raison que nul ne peut être condamné sans
avoir été entendu. Aussi est-ce avec raison que
notre Code, suivant les errements des ordonnances
de 1536, 1539 et 1670, a exigé l'interrogatoire du
prévenu. Cet interrogatoire a un double avantage :
il constitue d'abord un moyen de défense permet-

(1) Bull. (n° 289).

(2) Inst. jud., liv. I, n°s 2 et 3.

tant à l'inculpé de repousser par sa bouche, suivant l'expression des ordonnances, les charges qui pèsent sur lui; il est en même temps un moyen d'instruction, les réponses du prévenu pouvant souvent avoir pour résultat de mettre sur la voie de la vérité. Il constitue une formalité essentielle à la procédure préalable; c'est là un principe qui a été plusieurs fois consacré par la Cour de Cassation (1).

Si l'inculpé comparait en vertu d'un mandat d'amener, son interrogatoire doit avoir lieu dans les vingt-quatre heures au plus tard; si au contraire il a été arrêté en flagrant délit ou s'il se présente en vertu d'un mandat de comparution, il devra être interrogé sur le champ (art. 40, § 4 et 93).

L'inculpé doit être interrogé secrètement par le Juge d'instruction assisté de son greffier. L'ordonnance de 1670 (art. 6, tit. XIV) portait formellement que l'interrogatoire aurait lieu « sans assistance d'autre personne que du juge et du greffier. » Notre Code n'a pas reproduit cette disposition, mais la règle n'en est pas moins passée dans notre législation. Elle s'induit des termes de l'article 73, C. instr. cr., qui dispose que les témoins doivent être entendus séparément et hors

(1) Cass. 16 nov. 1849. (Sir. 1850, I, 234)—21 mars 1873. (Sir. 1873, I, 431).

la présence du prévenu. N'est-ce pas par là même dire que les inculpés doivent être interrogés hors la présence de toute autre personne ? Cependant, lorsque l'inculpé parle une langue étrangère, il devra être assisté d'un interprète qui aura, au préalable, prêté serment de rapporter fidèlement ses paroles. L'usage a introduit une seconde exception pour le cas où l'inculpé est un individu dangereux. La présence de l'huissier et des gendarmes est admise dans le lieu de l'interrogatoire pour protéger le Juge d'instruction contre les agressions possibles du prévenu. En dehors de ces deux cas exceptionnels le principe subsiste et ni le Ministère public ni la partie civile ne peuvent assister à l'interrogatoire. C'est là une conséquence forcée du secret de l'instruction préalable.

S'il y a plusieurs inculpés, ils sont interrogés séparément ; cela se comprend, car il est évident qu'un interrogatoire en commun aurait pour résultat de leur donner les moyens de combiner un même système de défense et d'éviter les contradictions révélatrices qui font jaillir la vérité.

L'ordonnance de 1670 soumettait, à peine de nullité, les inculpés au serment. La loi des 8-9 octobre 1789 (art. 12) a aboli cette odieuse formalité, qui plaçait le prévenu entre le parjure ou le sacrifice de son honneur ou de sa vie.

Il est nécessaire d'établir, dès le début de l'in-

terrogatoire, l'identité de l'inculpé. Le juge, pour arriver à ce résultat, lui demandera ses nom, prénoms, profession, domicile, âge, date et lieu de naissance. Il pourra ensuite lui adresser des questions sur ses moyens d'existence, sur sa conduite antérieure et sur ses antécédents judiciaires. Mais qu'advient-il si l'inculpé refuse de répondre ? Si le refus porte sur le nom et la qualité, il y a lieu de procéder à la vérification de son identité ; mais cette vérification ne devra pas interrompre la marche de l'information, car rien ne s'oppose à ce qu'il soit procédé contre un individu arrêté dont le nom est inconnu. Si le refus porte sur des questions relatives à la prévention, l'inculpé, par exemple, invoque la prescription, l'exception de la chose jugée ou l'incompétence du juge, il faut, avant de passer outre, statuer sur l'exception. Si, enfin, le refus n'est que l'exercice du droit de défense, l'information doit suivre son cours ; le juge a fait son devoir en adressant au prévenu les observations qu'il croyait utiles, il n'a plus dès lors qu'à constater son silence.

Quand le prévenu consent à répondre, le juge doit le laisser s'exprimer librement sans l'interrompre ni le contredire. Les pièces à conviction, s'il en existe, lui seront représentées conformément aux prescriptions des articles 35 et 39, C. inst. cr. Il est bien évident, en effet, que la

règle posée par ces deux textes doit être appliquée en matière ordinaire aussi bien qu'en matière de flagrant délit.

Le juge, s'il le trouve nécessaire, peut renouveler plusieurs fois l'interrogatoire de l'inculpé. Nous pensons qu'il convient d'en faire au moins deux (il en est ainsi dans la pratique), l'un au commencement de l'instruction, dans le but de connaître immédiatement le système de défense de l'inculpé, l'autre à la fin de la procédure. Ce dernier interrogatoire est, sans contredit, le plus important ; ayant lieu après les dépositions des témoins, il fait connaître à l'accusé toutes les charges qui pèsent sur lui et les démentis apportés à ses propres déclarations. C'est même à ce moment seul que le juge pourra discuter utilement avec lui ses moyens de défense et l'engager, s'il nie devant l'évidence, à dire toute la vérité. Mais le pouvoir du juge n'est pas circonscrit dans l'obligation d'interroger le prévenu à ces deux époques ; il peut procéder à des interrogatoires toutes les fois qu'à son avis les besoins de l'instruction le réclament. Il peut enfin, s'il le juge utile, recourir à la confrontation des témoins avec l'inculpé ; ce moyen de preuve est souvent nécessaire pour s'assurer de l'identité du prévenu.

Dans la rédaction du procès-verbal destiné à

recueillir les résultats de l'interrogatoire, le juge doit s'attacher à reproduire fidèlement les réponses faites par le prévenu aux questions qui lui ont été adressées. Si l'inculpé a varié dans ses explications, il faut reproduire avec le plus grand soin toutes ses variations ; si certaines questions le troublent et lui causent de l'embarras, si à certains moments il manifeste de l'émotion, le procès-verbal doit en faire mention.

Le Juge d'instruction doit faire donner lecture à l'inculpé de son interrogatoire. Il lui demandera aussi s'il persiste dans ses réponses, s'il n'a rien à y changer, ajouter ou retrancher ; mention sera faite avant la signature de l'exécution de toutes ses formalités. L'interrogatoire est ensuite signé par le juge, le greffier et l'inculpé ; à défaut de signature de ce dernier, on doit indiquer la cause qui l'a empêché de signer.

Le Code a incomplètement réglé cette partie essentielle de l'instruction ; aussi est-il admis que les règles prescrites pour la rédaction du procès-verbal de l'audition des témoins seront applicables quand il y aura parité entre la position du témoin et celle de l'inculpé.

SECTION III

ATTRIBUTIONS DU JUGE D'INSTRUCTION QUANT A LA DÉTENTION PRÉVENTIVE ET A LA LIBERTÉ PROVISOIRE

Le Juge d'instruction a la mission délicate de livrer à la justice les auteurs des crimes et des délits, en même temps qu'il doit rassembler les preuves de leur culpabilité. La loi, pour atteindre ce but, lui a donné le pouvoir de faire comparaître devant lui les individus qu'il présume coupables et de s'assurer provisoirement, au cas où il le croit nécessaire, de leur personne.

L'arrestation préalable, qui a pour conséquence la détention préventive, viole la liberté individuelle; elle atteint le prévenu dans sa personne et souvent dans ses biens; elle le frappe également dans sa réputation, en faisant peser sur lui une présomption de culpabilité que n'arrivera jamais à effacer d'une manière complète l'acquiescement. C'est donc là un acte très grave, aussi le législateur a-t-il pris soin d'en entourer l'exercice de garanties sérieuses. Mais, malgré cela, il a reconnu au Juge d'instruction un pouvoir discrétionnaire d'une importance considérable, pouvoir qu'est venue agrandir encore la loi du 14 juillet 1865. Cette loi a supprimé les distinctions nom-

breuses qui étaient écrites dans notre Code et qui variaient suivant la nature des infractions et la position des délinquants. Elle a établi une règle unique qui confie au magistrat instructeur le soin de concilier les droits individuels avec les nécessités de la répression.

L'arrestation préalable et la détention préventive se constituent au moyen d'ordonnances rendues par le Juge d'instruction, connues sous le nom de *Mandats*, dont l'effet peut être suspendu *par la Mise en liberté provisoire*.

Cette section comprendra donc deux paragraphes consacrés, le premier à l'étude des mandats et le second à la liberté provisoire.

§ 1. — DES MANDATS. — DIVERSES ESPÈCES DE
MANDATS. — FORMES

La première ordonnance que rendait le Juge chargé de l'instruction était, dans notre ancien Droit, le *décret*, qui avait pour effet de placer l'inculpé *inter reos*. L'ordonnance de 1670 reconnaissait trois espèces de décrets décernés « selon « la qualité des crimes, des preuves et des personnes » : le décret *d'assigné pour être oui*; le décret *d'ajournement personnel* et le décret de *prise de corps* (1).

(1) Ordon. de 1670, t. X, art. 2.

Le premier de ces décrets constituait une simple assignation à comparaître devant les magistrats pour être interrogé sur les faits reprochés. Il était employé à l'égard des délits n'entraînant aucune peine afflictive et infamante et en cas de crimes imputés à des personnes d'un rang élevé.

Dans tous les cas il était converti en décret *d'ajournement personnel* à défaut de comparution de la partie assignée. Ce second décret qui, pas plus que le décret *d'assigné pour être oui*, n'entraînait l'arrestation, avait pour effet de frapper l'inculpé de l'interdiction de tout office. Il était décerné, dit Muyart de Vouglans, « pour des
« crimes qui peuvent donner lieu à des peines
« afflictives ou contre des personnes distinguées
« qui seraient dans le cas d'être décrétées réellement sans la considération particulière que
« mérite leur rang et dignité » (1). Quant au décret *de prise de corps*, le juge le décernait toutes les fois qu'il pensait qu'il y avait intérêt à mettre l'accusé sous la main de la justice. Cependant « ne sera décerné prise de corps contre les
« domiciliés si ce n'est pour crime qui doit être
« puni de peine afflictive et infamante » (2). Son usage n'en était pas moins fréquent, la plupart des peines étant à cette époque afflictives et

(1) Muyart de Vouglans, *Inst. crim.*, p. 255.

(2) *Ordon. de 1670*, t. X, art. 19.

infamantes. Disons enfin que tous ces décrets étaient rendus « sur conclusions des procureurs » du roi ou de ceux des seigneurs » (1). Nous constaterons bientôt que cette règle n'est pas aussi absolue dans notre Droit actuel.

Telle était la législation que l'Assemblée Constituante allait réformer. La loi des 16-22 septembre 1791 décida que la détention préventive ne serait obligatoire qu'au cas où le fait délictueux entraînerait une peine afflictive et infamante. Si le délit était simplement passible d'une peine infamante, le prévenu était admis à la liberté sous caution ; si le délit, enfin, n'était puni que d'une amende ou d'un emprisonnement, la détention préventive n'était pas possible.

Ces dispositions furent modifiées par le Code du 3 brumaire an IV. La faculté de fournir caution, réservée sous la loi de 1791 aux seuls prévenus de crimes passibles d'une peine infamante, fut accordée aux prévenus de délits correctionnels. L'article 69 de ce Code institue un nouveau mandat, le mandat de comparution, pour le cas où le délit commis était de nature à n'être puni que d'une amende supérieure à la valeur de trois journées de travail. Si le délit était de nature à être puni, soit d'un emprisonnement de plus de

(1) Ordon. de 1670, t. X, art. 1.

trois jours, soit d'une peine infamante ou afflictive, le juge de paix délivrait un ordre pour faire conduire le prévenu à la maison d'arrêt ; cet ordre se nommait mandat d'arrêt (art. 70). La liberté provisoire cessait donc d'être de droit en matière de délit, mais elle était possible, puisque le directeur du jury, aux termes de l'article 222 « lorsque le
« délit qui avait donné lieu au mandat d'arrêt
« n'emportait pas une peine afflictive, mais seu-
« lement une peine infamante ou moindre,
« pouvait mettre le prévenu en liberté si celui-ci
« le demandait. »

La loi du 7 pluviôse an IX ajouta aux trois mandats déjà en usage le mandat de dépôt, mandat purement provisoire, puisqu'il était décerné par le Ministère public dans le but de permettre au juge de prendre communication des pièces et de prononcer sur la prévention.

Le Code de 1808 a reproduit les dispositions du droit intermédiaire que sont venues modifier les lois du 4 avril 1855 et du 14 juillet 1865. Aujourd'hui on distingue quatre sortes de mandats, qui ont pour effet soit d'amener en présence du juge (*mandats de comparution et d'amener*), soit de placer sous la main de la justice (*mandats de dépôt et d'arrêt*), tout individu inculpé d'un crime ou d'un délit.

Le mandat de comparution est une simple assi-

gnation adressée à un inculpé d'avoir à se présenter devant le Juge d'instruction pour fournir des explications sur les faits qui lui sont imputés.

Le mandat d'amener est celui par lequel le Juge d'instruction prescrit à tous huissiers et agents de la force publique d'amener devant lui tel individu pour être interrogé sur les faits dont il est inculpé.

Les mandats de dépôt et d'arrêt sont des ordonnances par lesquelles le Juge d'instruction prescrit à tous huissiers et agents de la force publique de conduire dans la maison d'arrêt l'individu qu'il désigne et enjoint au gardien de cette maison de l'y recevoir et détenir jusqu'à nouvel ordre.

Les quatre mandats ci-dessus définis sont soumis à des règles communes :

1° Tout mandat doit contenir le nom et la qualité du magistrat qui le délivre afin de porter en lui-même la preuve qu'il émane d'un fonctionnaire compétent. Il est aussi signé par celui qui le délivre et revêtu du sceau de ses fonctions, ce qui en garantit l'authenticité.

2° Il est daté, ce qui permet de vérifier s'il est susceptible d'exécution. La loi n'exige pas directement cette date, mais c'est cependant une formalité qui doit nécessairement être accomplie.

L'article 100, C. instr. cr., est très précis en ce qui concerne le mandat d'amener, quand il édicte que ce mandat, après plus de deux jours depuis sa date, ne peut être exécuté, lorsque le prévenu est trouvé à une distance de plus de cinq myriamètres du domicile du Juge d'instruction et hors de son arrondissement. La date n'en est pas moins nécessaire dans les autres mandats. En effet, le mandat peut être le dernier acte de la procédure et, dès lors, aux termes de l'article 637, il peut servir de point de départ à la prescription et le seul moyen de connaître le jour de la délivrance est l'indication de la date.

3° Le prévenu doit être désigné le plus clairement possible ; c'est une condition nécessaire et indispensable de l'exécution du mandat (art. 95).

4° Les mandats sont exécutoires dans toute l'étendue du territoire français (art. 98) tant qu'un acte de l'autorité judiciaire ne les a pas annulés et qu'ils n'ont pas été anéantis par la prescription. Ils sont notifiés au prévenu par un huissier ou un agent de la force publique qui lui exhibe l'original et lui en délivre copie.

Telles sont les formalités communes à tous les mandats ; recherchons maintenant quel sera l'effet de leur inobservation. « L'inobservation des formalités prescrites pour les mandats de comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt, dit l'ar-

« ticle 112, sera toujours punie d'une amende de
« cinquante francs au moins contre le greffier, et,
« s'il y a lieu, d'injonction au Juge d'instruction
« et au Procureur de la République, et même de
« prise à partie, s'il y échet. » Mais cette respon-
sabilité est-elle l'unique garantie de la régularité
des mandats ou bien les formalités requises par la
loi ne sont-elles pas exigées à peine de nullité ? La
Cour de Cassation a décidé que les formalités
prescrites par les articles 95 et 96 étaient subs-
tantielles et que leur omission entraînait la nullité
du mandat (1). La signature du magistrat, en
effet, est nécessaire pour donner au mandat le
caractère d'un acte authentique, sinon il ne sera
qu'un simple projet dépourvu de toute autorité.
Puis comment exécuter un mandat qui ne contient
pas la désignation claire du prévenu ? Que fera
l'agent porteur d'un tel mandat qui ne lui désignera
pas nettement l'individu à l'arrestation duquel il
devra procéder ? Les formalités prescrites par la
loi doivent donc être strictement observées sous
peine, d'une part, des dispositions de l'article 112,
et, d'autre part, de la nullité du Mandat.

A. — *Mandats de Comparution et d'Amener.*

Le mandat de comparution n'est qu'une simple
assignation par laquelle le Juge d'instruction

(1) Cass., 5 sept. 1817 (J. P., t. XIV, p. 464).

appelle l'inculpé devant lui ; il ne revêt aucune forme extérieure et n'entraîne aucune contrainte physique. Le mandat d'amener, au contraire, est un ordre formel de comparaître ; si l'inculpé refuse d'y obéir, l'exécution en doit être assurée par l'emploi de la force publique. De la nature particulière de ces deux mandats il résulte que le choix de l'un ou de l'autre a une grande importance en ce qui concerne l'inculpé. Il faut donc préciser l'emploi spécial de chacun d'eux.

Avant la loi du 14 juillet 1865, le Juge d'instruction ne pouvait faire usage du mandat de comparution qu'au cas où l'inculpé avait un domicile et que le délit qui lui était imputé était passible seulement d'une peine correctionnelle. Quand l'inculpé n'était pas domicilié ou si, même ayant un domicile, il avait à répondre d'un crime emportant peine afflictive ou infamante, le devoir du Juge d'instruction était de décerner un mandat d'amener. Tels étaient les principes contenus dans l'article 91 ainsi modifié par la loi du 14 juillet : « En matière criminelle ou correctionnelle le Juge d'instruction
« pourra ne décerner qu'un mandat de comparution, sauf à convertir ce mandat, après l'interrogatoire, en tel autre mandat qu'il appartiendra.
« Si l'inculpé fait défaut, le Juge d'instruction
« décernera contre lui un mandat d'amener. »
Aujourd'hui le juge apprécie donc souverainement

les mesures qu'il croit devoir prendre à l'égard de l'inculpé et il peut décerner le mandat de comparution tant en matière criminelle que correctionnelle. Toutefois si cet inculpé fait défaut, le juge doit décerner contre lui un mandat d'amener.

Quels sont les effets de ces deux mandats ? L'article 93 répond à notre question.

Le mandat de comparution, avons-nous dit, a pour but de mettre l'inculpé en présence du Juge d'instruction et de lui permettre de fournir à ce magistrat ses explications sur les faits qui lui sont reprochés. Aussi, en ce qui le concerne, ne pouvait-il être question d'une détention quelconque et, pour cette raison, le législateur a décidé qu'il devait être immédiatement procédé à l'interrogatoire. Dans le cas d'un mandat d'amener, au contraire, il est accordé au magistrat instructeur un délai de vingt-quatre heures pour procéder à l'interrogatoire du prévenu. Après cet interrogatoire les articles 91 et 94 peuvent être appliqués, c'est-à-dire que le Juge d'instruction a le droit de convertir l'un ou l'autre des deux mandats ci-dessus spécifiés soit en un mandat d'arrêt soit en un mandat de dépôt.

Mais quel sera le sort du prévenu sous le coup d'un mandat d'amener pendant le délai de vingt-quatre heures ? Il importe à la justice qu'il soit placé en lieu sûr pour éviter toute possibilité de

fuite, mais cette nécessité autorise-t-elle à le faire écrouer à la maison d'arrêt. L'article 609, C. instr. cr., dispose que « nul gardien ne pourra recevoir « ni détenir aucune personne qu'en vertu soit « d'un mandat de dépôt, soit d'un mandat d'arrêt « décerné selon les formes prescrites par la « loi... » Il n'est nullement question dans ce texte du mandat d'amener, nous en devons donc conclure que l'inculpé ne peut être conduit à la maison d'arrêt. Nous pensons pour notre part que, puisque l'inculpé peut être astreint à une détention de vingt-quatre heures, il devra être gardé soit dans une salle du Palais de Justice, soit à la Mairie ou dans tout autre lieu sûr mais non à la maison d'arrêt. Cependant il en est autrement dans la pratique ; il est d'usage, en effet, de faire écrouer à la maison d'arrêt tout prévenu sous le coup d'un mandat d'amener, quand le juge ne peut de suite procéder à son interrogatoire. Certains auteurs ont sanctionné cet usage en disant que, la détention devant être très courte, le fait de mettre le prévenu à la maison d'arrêt ne constituait pas une véritable arrestation (1).

Le pouvoir de décerner un mandat de comparution peut-il faire l'objet d'une délégation ? La

(1) Legraverend. Législ. crim. t. I, p. 327. — Dalloz, Rép. v^o Instr.; crim. n^{os} 371-674.

néga-tive résulte sans aucun doute de l'article 283, C. instr. cr., ainsi conçu : « dans tous les cas où les
« Procureurs de la République et les Présidents
« sont autorisés à remplir les fonctions d'officier
« de police judiciaire ou de Juge d'instruction,
« ils pourront déléguer au Procureur de la Répu-
« blique, au Juge d'instruction et au Juge de paix,
« même d'un arrondissement communal voisin du
« lieu du délit, les fonctions qui leur sont res-
« pectivement attribuées, autres que le pouvoir
« de délivrer des mandats d'amener, de dépôt et
« d'arrêt contre les prévenus. » Cet article qui
interdit la délégation des mandats d'amener, de
dépôt et d'arrêt, ne parle pas, disent les auteurs,
du mandat de comparution ; il faut donc conclure
du silence de la loi que le juge pourra déléguer
son droit de décerner ce mandat. Ce système doit,
à notre avis, être rejeté. Les mandats sans dis-
tinction, en effet, sont des actes de juridiction ;
or ces actes ne peuvent être délégués que dans
les hypothèses prévues par la loi, quand, par
exemple, il s'agit d'une audition de témoins ou
bien d'une perquisition (art. 83, 84, 90). Ajoutons
à l'appui de la doctrine que nous adoptons l'ar-
ticle 98 aux termes duquel les mandats sont exé-
cutoires sur toute l'étendue du territoire ; d'où
l'on doit conclure que le législateur n'a pas en-
tendu que le pouvoir de les décerner pût être

délégué, car la délégation rendrait inutile cette force exécutoire dans tout le pays. Cette opinion, qui est soutenue par MM. Trébutien, Mangin et Faustin-Hélie a été sanctionnée dans un arrêt rendu le 24 juillet 1835 par la Chambre d'Accusation de Douai. (Journ. du dr. crim., t. VII, p. 224). (1)

Indépendamment des règles communes à tous les mandats, les mandats de comparution et d'amener sont soumis aux formalités suivantes. Le mandat de comparution, qui n'est qu'une simple assignation, doit contenir l'indication du lieu, du jour et de l'heure à laquelle l'inculpé doit comparaître devant le Juge d'instruction. Cette formalité a pour but de permettre l'application de l'article 93 qui prescrit de procéder de suite à l'interrogatoire. L'indication du jour et de l'heure n'est plus nécessaire dans le mandat d'amener; ce dernier, en effet, n'est pas seulement une citation, mais un ordre enjoignant à tous huissiers ou officiers de la force publique d'amener l'inculpé devant le juge qui a un délai de vingt-quatre heures pour procéder à son interrogatoire.

(1) Trébutien, Cours élém. de dr. crim., t. II, p. 251. — Mangin, de l'Instr. écrite, t. I, n° 46; — Faustin-Hélie, Instr. crim., n° 1961. — *Contra* : Dalloz, Rép., v° instr. crim., n° 578; Duvergier, op. cit., t. II, n° 372.

B. — *Mandats de Dépôt et d'Arrêt.*

Les mandats de comparution et d'amener n'ont, comme nous l'avons vu, d'autre but que de mettre l'inculpé en présence du Juge d'instruction. Après l'interrogatoire, ce magistrat est appelé à remplir l'un des actes les plus difficiles de ses fonctions ; il doit apprécier les réponses et les explications de l'inculpé et décider s'il y a lieu de le maintenir en liberté ou de le placer en état de détention préalable. Si les déclarations du prévenu paraissent, aux yeux du magistrat instructeur, devoir entraîner la détention préalable, la loi met à sa disposition pour l'opérer les mandats de dépôt et d'arrêt. L'article 94, C. inst. cr., dit en effet « qu'a-
« près l'interrogatoire ou en cas de fuite de l'in-
« culpé, le juge pourra décerner un mandat de
« dépôt ou d'arrêt, si le fait emporte la peine de
« l'emprisonnement ou une peine plus grave. »
Ainsi donc il résulte de ce texte que ces deux mandats ne doivent être décernés qu'après un interrogatoire. C'est là une des garanties les plus importantes de la défense et la loi a eu raison de décider qu'avant toute incarcération l'inculpé devait avoir le droit de fournir des explications sur les faits qu'il lui étaient reprochés. Toutefois, au cas de fuite

de l'inculpé, le mandat d'amener ne pouvant être exécuté, l'interrogatoire n'est plus exigé ; il y est suppléé par la mise en demeure résultant de la signification du mandat. L'article 94 exige, en outre, que le fait incriminé entraîne au moins la peine de l'emprisonnement. Il faut de plus un commencement d'information ; c'est en quelque sorte un jugement provisoire que rend le juge, or ce jugement doit être fondé sur des présomptions sérieuses confirmées autant que possible par des témoignages, qui n'ont été ni détruits ni ébranlés par les explications du prévenu. C'est au juge qu'il appartient d'apprécier dans sa conscience si les charges qui pèsent sur l'inculpé sont suffisantes pour entraîner la privation de la liberté. Les dispositions de la loi sont, en effet, facultatives : « elles n'imposent pas au Juge d'instruction, « dit un arrêt, l'obligation de décerner un mandat contre le prévenu, même lorsque le fait est « de nature à entraîner une peine afflictive ou « infamante ; l'appréciation des charges et des « circonstances d'après lesquelles il doit se déterminer à user du pouvoir qui lui a été confié « par la loi, est abandonnée à ses lumières et à « sa conscience. » (1).

Le mandat d'arrêt doit être précédé des con-

(1) Cass., 7 avril 1837. (Sir. 1837. I, 389).

clusions du Procureur de la République (art. 94) ; le mandat de dépôt, au contraire, peut être décerné sans conclusions préalables (art. 61). Mais disons de suite que le Juge d'instruction n'est pas obligé de se conformer aux réquisitions du Ministère public. La loi le laisse absolument libre, elle lui reconnaît une faculté et ne lui impose pas une obligation ; aucun pouvoir ne saurait dès lors lui faire décerner un mandat contre un individu dont l'innocence, à ses yeux, est évidente. Le mandat d'arrêt doit, en outre, contenir l'indication du fait pour lequel il est décerné et la citation de la loi qui déclare que ce fait est un crime ou un délit (art. 96). Ces formes ne sont pas sans importance. Les conclusions du Procureur de la République, tout en n'enchaînant pas le juge, peuvent l'éclairer et lui faciliter sa tâche ; l'énonciation du fait et de la loi sont les motifs en fait et en droit de la décision du juge.

Malgré les différences qui distinguent ces deux mandats, la pratique tend à les confondre ; dans certains tribunaux, le mandat de dépôt est substitué au mandat d'arrêt ; dans d'autres, au contraire, ce dernier seul est en usage. Il est certain que l'un et l'autre produisent le même résultat, l'arrestation de l'inculpé et son écrou dans la maison d'arrêt ; mais, s'en suit-il de là que le législateur leur ait reconnu la même destination et qu'ils puissent indifféremment être substitués l'un à l'autre ?

Le mandat de dépôt a été introduit dans notre législation par la loi du 7 pluviôse an IX. Dans l'esprit de cette loi ce mandat n'était qu'une mesure provisoire permettant, en cas d'urgence, aux magistrats du Ministère public de faire déposer l'inculpé dans la maison d'arrêt, en attendant que le Directeur du Jury eût statué sur la prévention. Or, ce caractère provisionnel, que le nom même de ce mandat vient attester, a-t-il été effacé par le Code d'Instruction criminelle ? A la séance du 24 juin 1808, au Conseil d'État, M. Merlin mettait en doute l'utilité de ce mandat ; M. Treilhard lui répondit « que ce mandat était nécessaire, que « très souvent on ne pourrait mettre de suite le « prévenu en arrestation ou en liberté avec une « entière connaissance de cause. » (1) Telle fut la raison qui le fit conserver et les textes du Code semblent avoir été rédigés sous l'empire de cette pensée. L'article 61 permet au Juge d'instruction de délivrer d'office le mandat du dépôt, *s'il y a lieu*, c'est-à-dire en cas d'urgente nécessité, quand, par exemple, il ne lui est pas possible d'obtenir les conclusions du Ministère public. L'article 86 ordonne de délivrer ce même mandat contre l'officier de santé et le témoin qui ont produit un faux certificat, parce qu'il s'agit d'une mesure provi-

(1) Loqué, t. XXV, p. 182.

soire prise à raison d'un fait qui n'a encore été l'objet d'aucune information. L'article 100 veut que le Procureur de la République, dans l'arrondissement duquel a été trouvé un prévenu contre qui un mandat d'amener a été décerné depuis plus de deux jours dans un autre arrondissement, le retienne sous les liens du mandat de dépôt ; là encore il s'agit d'une mesure provisoire ; il faut mettre le prévenu à la disposition du Juge d'instruction.

Ainsi donc, le mandat de dépôt, maintenu par notre Code, n'est qu'un mandat provisionnel destiné, comme l'a dit M. Treilhard, à pourvoir au cas où la procédure ne permet pas encore de statuer sur l'arrestation ou la liberté avec une entière connaissance de cause. Cependant la pratique substitue généralement le mandat de dépôt au mandat d'arrêt. Les raisons qui ont fait dévier le mandat de dépôt de sa destination originelle et légale sont faciles à apercevoir. Il a, nous le savons, l'avantage d'être affranchi du réquisitoire du Procureur de la République, ce qui dispense le juge de communiquer les pièces au Parquet ; il évite ensuite l'obligation, dès le début de l'information, d'articuler le fait et de le qualifier. Une autre raison est l'économie dans les frais de justice et le désir d'atténuer les dépenses des procédures a porté les magistrats à décerner de préfé-

rence le mandat le moins onéreux (1). Enfin un dernier motif est que ces deux mandats produisent les mêmes effets, puisqu'ils ont pour résultat de faire conduire le prévenu à la maison d'arrêt.

Ces considérations ne sont pas, selon nous, de nature à justifier la violation de la loi. Le législateur a, avec beaucoup de raison, entouré de sérieuses garanties en faveur de l'inculpé la délivrance du mandat d'arrêt; or, ces garanties deviennent évidemment illusoires par l'emploi exclusif du mandat de dépôt (2).

C. — *Par qui les mandats peuvent être décernés.*

La délivrance des mandats appartient en principe au Juge d'instruction qui jouit à cet égard d'un pouvoir absolu, sauf en ce qui concerne le

(1) Les décrets du 18 juin 1811 (art. 71, n° 3) et du 7 avril 1813 (art. 6) fixent le montant de l'allocation due pour l'exécution du mandat de dépôt et du mandat d'arrêt; le droit alloué est moindre pour le premier que pour le second de ces mandats.

(2) D'après le projet de loi adopté par le Sénat, la délivrance du mandat d'arrêt n'aura plus besoin d'être précédée des réquisitions du Ministère public. Les énonciations du fait incriminé et de la loi applicable seront obligatoires dans tous les mandats. Le mandat de dépôt dure 15 jours et peut être prolongé pour une égale période; le mandat d'arrêt dure 30 jours et peut être également prolongé pendant le même temps, sauf recours à la Chambre du Conseil.

mandat d'arrêt ; nous savons, en effet, qu'il ne peut décerner ce dernier qu'après avoir pris les conclusions du Ministère public. Exceptionnellement la loi confère dans certaines circonstances à d'autres magistrats le droit de décerner des mandats.

1° Le Procureur de la République, au cas de flagrant délit, lorsque le fait est de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante et qu'il existe des indices graves, peut décerner le mandat d'amener (art. 40). La loi du 20 mai 1863 lui reconnaît le droit de décerner un mandat de dépôt contre l'inculpé d'un flagrant délit, passible d'une peine correctionnelle, quand il le traduit directement à l'audience du Tribunal. Enfin le Procureur de la République du lieu où un individu recherché est trouvé peut décerner contre lui un mandat de dépôt mais sous une double condition : le prévenu doit être hors de l'arrondissement de l'officier qui a délivré contre lui le mandat d'amener et à plus de cinq myriamètres du domicile de ce magistrat.

2° Le tribunal correctionnel peut, aux termes de l'article 193, délivrer mandat de dépôt ou d'arrêt, lorsque, dans une affaire dont il est saisi par voie de citation directe, il estime que le fait est de nature à mériter une peine afflictive ou infamante, auquel cas il renvoie le prévenu devant le Juge

d'instruction compétent. L'article 214 modifié par la loi du 13 juin 1856 reconnaît le même droit aux Chambres Correctionnelles des Cours d'Appel.

3° Le président de la Cour d'Assises peut appeler, même par mandat d'amener, toutes les personnes dont le témoignage serait de nature à fournir des renseignements utiles sur le fait contesté (art. 269).

4° Le premier Président de la Cour de Cassation a le droit de décerner des mandats d'arrêts et de dépôt contre les magistrats qui se sont rendus coupables de crimes ou délits dans l'exercice de leurs fonctions (art. 490 et 498).

5° L'article 10, C. inst. cr., reconnaît au préfet dans les départements et au préfet de police à Paris le droit de faire personnellement tous les actes nécessaires à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir. La Cour de Cassation a décidé que le préfet de police était investi de toutes les attributions du Juge d'instruction quant à l'exercice de la police judiciaire, il pourra donc décerner des mandats de comparution et d'amener, puisqu'ils ont pour but de livrer les auteurs des faits délictueux à la justice.

D. — *Mainlevée des mandats.*

Sous la législation du Code de 1808, il ne pou-

vait jamais être donné mainlevée du mandat d'arrêt. Mais les avis étaient partagés en ce qui concernait le mandat de dépôt ; quelques auteurs, se fondant sur le caractère provisoire de ce mandat, reconnaissaient au Juge d'instruction le droit d'en prononcer la mainlevée ; d'autres, au contraire, lui refusaient absolument ce droit. Cette dernière doctrine a été condamnée par la loi du 4 avril 1855 qui a permis au Juge d'instruction, quel que soit le fait délictueux, de donner mainlevée du mandat de dépôt, à charge par l'inculpé de se représenter à tous les actes de la procédure, dès qu'il en en sera requis. L'innovation était incomplète, le mandat d'arrêt conservant, comme par le passé, son irrévocabilité. Cette distinction cependant était peu rationnelle, car déjà le mandat de dépôt était presque toujours employé à l'exclusion du mandat d'arrêt. La loi du 14 juillet 1865 a fait cesser cette anomalie en rédigeant ainsi l'article 94, C. inst. cr. : « Dans le cours de
« l'instruction, le Juge pourra, sur les conclusions
« conformes du Procureur de la République, et
« quelle que soit la nature de l'inculpation, *don-*
« *ner mainlevée de tout mandat d'arrêt ou de*
« *dépôt*, à la charge par l'inculpé de se représenter
« à tous les actes de la procédure et pour l'exé-
« cution du jugement, aussitôt qu'il en sera re-
« quis. »

Aujourd'hui donc le Juge d'instruction peut donner mainlevée tant du mandat d'arrêt que du mandat de dépôt sur les conclusions conformes du Ministère public.

§ 2. — DE LA LIBERTÉ PROVISOIRE.

La liberté provisoire est une institution qui se retrouve dans toutes les législations.

Chez nous, après avoir formé le droit commun de notre procédure dans les premiers siècles de notre législation, elle devint une exception.

L'ordonnance de François I^{er} de 1539 autorisait la mise en liberté sous caution « seulement pour les matières de petite importance. » L'ordonnance de 1670 portait « selon la qualité des crimes, des « preuves et des personnes, sera ordonné que la « partie sera assignée pour être ouïe, ajournée à « comparoir en personne ou prise au corps. » Sous les lois de 1791, la liberté provisoire sous caution était de droit toutes les fois que le fait n'était pas de nature à donner lieu à une peine afflictive. Sous le Code du 3 brumaire an IV, modifié par une loi du 29 thermidor de la même année, la mise en liberté sous caution était un droit absolu : 1^o pour les inculpés de délits, sauf les gens sans aveu et les vagabonds ; 2^o pour les inculpés de crimes passibles d'une peine infamante seulement.

Le Code de 1808 avait admis le système suivant que nous trouvons formulé dans les articles 113, 114, 115. La mise en liberté sous caution était ouverte à tous les prévenus lorsque le fait incriminé n'emportait qu'une peine correctionnelle, quelle que soit la nature de cette peine. Cette mesure ne s'appliquait pas aux vagabonds, aux repris de justice et naturellement aux prévenus de faits qualifiés crimes.

Ces dispositions ont été modifiées par les lois du 4 avril 1855 et 14 juillet 1865 dont nous allons maintenant étudier les textes.

Le légistateur de 1865 a eu pour but, l'exposé des motifs en fait foi, de diminuer autant que possible les détentions préventives et de les réduire au minimum de la durée compatible avec la sûreté publique. Aussi, guidé par cette pensée, a-t-il armé le Juge d'instruction d'un pouvoir discrétionnaire absolu; à l'égard de tous les inculpés soit de crimes, soit de délits, ce magistrat dispose de la liberté provisoire. C'est donc une simple faculté que la loi a mis aux mains du Juge d'instruction, elle ne lui a point imposé une stricte obligation; « la liberté d'appréciation laissée au juge, dit le « rapporteur, est la donnée fondamentale du projet. » Le Juge d'instruction saisi d'une demande en liberté provisoire peut donc choisir entre trois partis : 1° Il peut refuser la liberté provisoire ;

- 2° Il peut l'accorder purement et simplement ;
3° Il peut la subordonner à la garantie d'un cautionnement.

« En toute matière, dit l'article 113, le Juge
« d'instruction pourra, sur la demande de l'inculpé
« et sur les conclusions du Procureur de la Répu-
« blique, ordonner que l'inculpé sera mis provi-
« soirement en liberté, à charge par celui-ci de
« prendre l'engagement de se présenter à tous les
« actes de la procédure et pour l'exécution du
« jugement, aussitôt qu'il sera requis. » Ainsi,
qu'il s'agisse de crime ou de délit, d'un inculpé
soit ou non domicilié, ayant de bons antécédents
ou étant un repris de justice, le juge pourra, en
principe, lui accorder la liberté provisoire sur sa
simple caution juratoire. Toutefois la loi exige
trois conditions : 1° Le prévenu doit lui-même de-
mander sa mise en liberté provisoire ; 2° Cette
faveur ne doit lui être accordée que sur les con-
clusions du Procureur de la République ; 3° l'in-
culpé doit prendre l'engagement de se représenter
à tous les actes de la procédure et pour l'exécution
du jugement.

Le pouvoir discrétionnaire, du Juge d'instruc-
tion n'est cependant pas absolument sans limites,
puisque « en matière correctionnelle, aux termes
« de l'article 113, § 2, la mise en liberté sera de
« droit cinq jours après l'interrogatoire du pré-

« venu domicilié, quand le maximum de la peine
« prononcée par la loi sera inférieur à deux ans
« d'emprisonnement. » Cette disposition est le
résultat d'une concession faite aux partisans de la
liberté provisoire absolue pour tous les prévenus
de délits. Ce droit à la liberté provisoire est du
reste soumis à plusieurs conditions qui sont pour
la société des garanties sérieuses que le prévenu
ne pourra pas se soustraire à l'action de la justice :
1° Un délai de cinq jours est accordé au juge pour
prendre tous les renseignements qu'il estimera
nécessaires ; 2° Le prévenu doit avoir un domicile ;
et ici c'est le domicile de fait, tel qu'il est défini
par l'article 102 du Code civil, et non pas seule-
ment la simple résidence ou la dernière habita-
tion ; 3° Le prévenu enfin ne doit pas être en réci-
dive de crime ou de délit. La faveur de la loi ne
saurait donc être accordée aux condamnés pour
crimes ni aux condamnés pour délits à plus d'un
an d'emprisonnement, pas plus qu'aux individus
en état de vagabondage.

Lorsque le Juge d'instruction estime que la pa-
role de l'inculpé n'offre pas à la justice les ga-
ranties nécessaires et dans tous les cas où la mise
en liberté provisoire n'est pas de droit, il peut la
subordonner à l'obligation de fournir un caution-
nement, qui sera la garantie de la représentation.
Le prévenu ne recouvre alors qu'une liberté con-

ditionnelle; le lien du cautionnement le retient dans le ressort du tribunal saisi; il est rendu à ses travaux et à ses affaires, mais la justice n'a fait que relâcher la chaîne dont elle tient le bout; il est à sa disposition.

La mise en liberté sous caution a pour but, en supprimant la détention, de la remplacer par une garantie non moins sérieuse. Mais pour cela le cautionnement doit être proportionné aux ressources du prévenu et en rapport avec la gravité du fait qui lui est reproché. Le Code de 1808 n'en avait pas moins autrement décidé, car il avait fixé un minimum de cinq cents francs et un maximum qui pouvait atteindre le double de l'amende ou le triple du dommage. Un tel système avait pour conséquence de ne pas atteindre la classe riche mais bien de déshériter la population pauvre de la liberté provisoire. Un décret du 23 mars 1848, inspiré par ces considérations, avait supprimé le minimum fixé par l'article 119, C. inst. cr. et ainsi permis au juge de réduire aux proportions les plus minimes le cautionnement. La loi du 14 juillet 1865 a maintenu cette heureuse réforme, mais elle a fait plus encore, en effaçant le maximum déterminé par le second paragraphe de l'article 119. Aujourd'hui le chiffre du cautionnement, comme le cautionnement même et comme la mise en liberté, est laissé à l'arbitrage du juge.

La loi de 1865, comme le Code, reconnaît le cautionnement en espèces fourni soit par l'inculpé soit par un tiers et le cautionnement d'une tierce personne qui prend l'engagement de faire représenter l'inculpé à toute réquisition ou, à défaut, de verser la somme déterminée.

Le cautionnement garantissait autrefois, outre la représentation de l'inculpé et le paiement des frais et des amendes, les réparations civiles qui pouvaient être dues par le prévenu. Aujourd'hui l'emploi auquel il est affecté est ainsi déterminé par l'article 114, §§ 2 et 3 : « Le cautionnement
« garantit : 1° la représentation de l'inculpé à tous
« les actes de la procédure et pour l'exécution du
« jugement ; 2° le paiement dans l'ordre suivant :
« des frais faits par la partie publique, de ceux
« avancés par la partie civile, des amendes. L'or-
« donnance de mise en liberté détermine la som-
« me affectée à chacune des deux parties du cau-
« tionnement. » La première partie est, sauf le cas
d'acquiescement, acquise à l'Etat du moment que
l'inculpé, sans motif légitime d'excuse, est consti-
tué en défaut de se présenter à quelque acte de
la procédure ou pour l'exécution du jugement.
Toutefois, en cas de renvoi des poursuites, d'ab-
solution ou d'acquiescement, le jugement ou l'arrêt
pourra ordonner la restitution de cette partie du
cautionnement (art. 122). La seconde partie est

toujours restituée en cas de renvoi des poursuites, d'absolution ou d'acquittement ; si une condamnation intervient, elle est affectée aux frais et à l'amende dans l'ordre de l'article 114 ; le surplus, s'il y en a, est restitué (art. 123).

La mise en liberté peut être demandée et ordonnée devant tout tribunal saisi de la cause jusqu'à son dessaisissement. C'est donc au Juge d'instruction seul qu'il appartient de connaître des demandes en liberté provisoire, tant qu'il n'a pas rendu son ordonnance de mise en prévention (art. 116).

Le prévenu qui demande son élargissement dépose au greffe une requête à l'appui de laquelle il peut fournir des observations écrites (art. 117). Elle est communiquée par le Juge d'instruction au Ministère public pour qu'il donne ses conclusions et notifiée par le requérant à la partie civile, s'il y en a une en cause, à son domicile ou à celui qu'elle aura élu, pour qu'elle puisse, dans le délai de vingt-quatre heures, à partir du jour de la notification, présenter, si elle le veut, des observations écrites (art. 118). Il est statué sur la requête, soit par le Juge d'instruction, s'il n'a pas encore rendu l'ordonnance de renvoi, soit par la juridiction saisie de l'affaire en Chambre du Conseil. La décision peut être attaquée par le Ministère public, la partie civile et l'inculpé.

La liberté provisoire prend fin dans les cas suivants :

1° Lorsque l'inculpé cité ou ajourné ne comparait pas et n'allègue aucun empêchement légitime. La juridiction compétente a alors la faculté de décerner contre lui un mandat d'arrêt ou de dépôt ou une ordonnance de prise de corps (art. 125).

2° Si des circonstances nouvelles et graves surviennent, le Juge d'instruction a le droit de décerner un nouveau mandat d'amener, d'arrêt ou de dépôt contre le prévenu (art. 115). « Toutefois, « ajoute ce même texte, si la liberté provisoire « avait été accordée par la Chambre des Mises en « Accusation réformant l'ordonnance du Juge « d'instruction, le Juge d'instruction ne pourrait « décerner un nouveau mandat qu'autant que la « Cour, sur les réquisitions du Ministère public, « aurait retiré à l'inculpé le bénéfice de la décision. »

3° Lorsqu'il intervient un jugement ou arrêt définitif sur la prévention.

4° Elle cesse enfin sur l'ordonnance de prise de corps contenue dans l'arrêt de la Chambre des Mises en Accusation, qui renvoie l'inculpé devant la Cour d'Assises (art. 126).

CHAPITRE II

ATTRIBUTIONS DU JUGE D'INSTRUCTION RELATIVES AUX MAISONS D'ARRÊT ET DE JUSTICE.

L'administration des maisons d'arrêt et de justice a été confiée par la loi à trois personnes différentes ; aux Préfets appartiennent la direction des bâtiments, leur surveillance et la nomination du personnel ; aux Maires, la police intérieure et la nourriture des détenus ; aux Juges d'instruction et aux Présidents des Assises toutes les mesures qui, soit pour l'instruction, soit pour le jugement, s'appliquent à la personne même des détenus. (Art. 612 et 613). L'article 611, C. instr. cr., prescrit au Juge d'instruction de visiter au moins une fois par mois les personnes retenues dans les maisons d'arrêt de son arrondissement. Le but de cette inspection mensuelle est de vérifier la cause de toutes les détentions, de s'assurer que nul n'est détenu qu'en vertu d'un mandat ou d'une ordonnance de justice et de prévenir les emprisonnements arbitraires. Le juge devra donc se faire

représenter le registre des écrous et, en cas de détention arbitraire, il devra, conformément à l'article 616, ordonner la mise en liberté provisoire immédiate de la personne détenue. Il doit enfin signaler à l'autorité compétente les abus qu'il constate dans le service administratif de la maison.

L'article 613, § 2, contient la disposition suivante : « Le Juge d'instruction et le Président des « assises pourront néanmoins donner respective-
« ment tous les ordres qui devront être exécutés
« dans les maisons d'arrêt et de justice et qu'ils
« croiront nécessaires, soit pour l'instruction, soit
« pour le jugement. » Ce texte, en reconnaissant au Juge d'instruction le droit de donner tous les ordres qu'il croit nécessaires à l'information, lui confère un pouvoir discrétionnaire absolu dont je vais examiner une des applications : l'*Interdiction de communiquer*.

L'interdiction de communiquer, connue habituellement sous le nom de *mise au secret*, est la défense faite par le Juge d'instruction au prévenu de communiquer avec quelque personne que ce soit. Le but de cet isolement est d'empêcher l'inculpé de s'entendre avec ses complices, ou bien de faire disparaître les traces de son crime, ou encore de communiquer avec les témoins, en un mot d'entraver l'instruction. On a pensé que, placé seul à seul avec sa conscience et soustrait à

des conseils pervers, le prévenu arriverait plus facilement à passer des aveux et à faciliter l'œuvre de la justice.

L'article 613, qui reconnaît au magistrat instructeur le droit d'ordonner la mise au secret, n'est que la reproduction des dispositions édictées tant par notre ancien Droit (1) que par le Droit intermédiaire (2). Le juge qui use de cette mesure est souverain appréciateur de son opportunité et, à ce point de vue, le Code de 1808 lui avait reconnu un pouvoir absolu. « La mise au secret, dit
« un arrêt, étant une mesure facultative d'instruction, dont la durée comme le motif dépend des
« circonstances particulières à chaque affaire, il
« n'appartient pas à la Cour de Cassation d'apprécier si elle a été strictement renfermée dans les
« limites de l'intérêt de la vérité et de la justice
« qui l'a rendue nécessaire. »

En 1842, un projet de loi, ayant pour objet de limiter la mise au secret, fut adopté par la Chambre des Députés et échoua devant la Cour des Pairs. Mais, en 1865, une limite a été apportée au pouvoir absolu du Juge d'instruction. La loi du 14 juillet a, en effet, ajouté à l'article 613 le para-

(1) Ordon. de 1670, t. XIII, art. 16 et 17.

(2) Loi des 16-29 sept. 1791, t. XV, art. 8. — Code du 3 brumaire an IV, art. 579. — Constitution du 23 frimaire an VIII, art. 80.

graphe suivant : « Lorsque le Juge d'instruction
« croira devoir prescrire, à l'égard d'un inculpé,
« une interdiction de communiquer, il ne pourra
« le faire que par une ordonnance qui sera trans-
« crite sur le registre de la prison. Cette interdic-
« tion ne pourra s'étendre au-delà de dix jours :
« elle pourra toutefois être renouvelée. Il en sera
« rendu compte au Procureur général. »

La légitimité de ce moyen d'instruction a été vivement critiquée. Des hommes éminents, comme MM. Bérenger et Dupin, ont vu dans la mise au secret un véritable supplice, une atteinte aux droits de l'humanité et une condamnation prononcée par la Cour d'Assises du Nord, le 13 août 1861, est venu justifier dans une certaine mesure leur opinion (1).

D'autres criminalistes, au contraire, considèrent la mise au secret comme un moyen précieux d'information ; ils y voient une question de nécessité et, à leurs yeux, elle se justifie par l'intérêt de la justice, qui est le grand intérêt social et auquel doit céder le droit individuel.

(1) Rosalie Doize, femme Gardin, était poursuivie sous l'inculpation d'avoir tué son père. Mise au secret elle avoua s'être rendue coupable de parricide et fut condamnée aux travaux forcés à perpétuité par suite de l'admission des circonstances atténuantes. Les vrais coupables ayant été reconnus et condamnés, un pourvoi en révision intervint et la femme Gardin fut acquittée. (Bull. 1862, n° 240).

« L'interrogatoire pour un magistrat habile, dit
« M. Duverger, c'est la moitié de l'instruction ;
« c'est plus encore avec le secret qui est *le levier*
« *le plus puissant pour enlever un aveu toujours*
« *désirable*, parce qu'il est toujours profitable et
« le meilleur couronnement de toute procédure.
« Le secret est un expédient presque toujours ir-
« résistible, *il suppléerait au besoin à l'insuffi-*
« *sance du Juge d'instruction.* » (1).

Nous pensons que le droit d'ordonner la mise au secret tient au principe même de l'information préalable, dans laquelle le magistrat instructeur est investi du pouvoir de prendre toutes les mesures nécessaires à la manifestation de la vérité. Mais c'est là une mesure d'une telle gravité que les Juges d'instruction n'en sauraient jamais user avec trop de réserve. « Ils ne doivent l'ordonner
« que lorsqu'elle est indispensable à la manifes-
« tation de la vérité et seulement durant le temps
« strictement nécessaire pour atteindre ce
« but. » (2).

(1) Duverger, op. cit., t. II, p. 444.

(2) Circulaire de M. de Selves du 10 février 1849.

CHAPITRE III

ATTRIBUTIONS DU JUGE D'INSTRUCTION COMME JURIDICTION D'INSTRUCTION

Nous avons étudié la marche de l'instruction ; nous connaissons maintenant les moyens mis à la disposition du juge par la loi pour constater les faits, réunir les preuves et, au besoin, mettre l'inculpé sous la main de la justice. Mais la mission du magistrat instructeur ne se termine pas avec l'information ; il doit encore apprécier les résultats auxquels il est arrivé, rechercher s'il y a lieu de donner suite à la procédure et, en cas d'affirmative, déterminer le Tribunal compétent. Cette juridiction d'instruction à l'étude de laquelle nous arrivons a pour but d'examiner, non pas si les faits incriminés existent réellement, mais s'il y a présomption suffisante qu'ils existent, non pas s'il y a lieu de frapper des coupables, mais de renvoyer des prévenus devant les tribunaux. « La « probabilité, disait l'avocat général Servan, au

« XVIII^e siècle, est la mesure des inculpations, la « certitude, la mesure des condamnations. » Cette juridiction est la principale base de la justice pénale et la plus forte garantie de la liberté civile.

Sous la législation des Codes antérieurs à celui de 1808, le directeur du jury était la première juridiction d'instruction ; c'était lui qui statuait sur le renvoi de l'inculpé devant le jury d'accusation copié sur le jury anglais par la loi des 16-29 septembre 1791. L'institution du jury d'accusation fut vivement combattue par l'Empereur lors de la discussion du Code (1). On le supprima et, après de longues hésitations, on conféra ses attributions à une section de la Cour d'appel. Quant au pouvoir de juridiction attribué au directeur du jury, il fut confié à la Chambre du Conseil et non pas au Juge d'instruction qui, cependant, se trouvait substitué d'une manière générale aux fonctions et au rôle du directeur du jury. La Chambre du Conseil se composait des membres du Tribunal ; elle devait comprendre au moins trois juges. Si le tribunal avait plus d'une chambre, c'était celle dont faisait partie le Juge d'instruction qui constituait la Chambre du Conseil, car ce magistrat en était un membre nécessaire. Enfin, pendant les vacances,

(1) Séance du 6 février 1808. — Loaré, t. XXIV, p. 621 et 622.

ses fonctions étaient remplies par la Chambre des Vacations (1). La Chambre du Conseil avait seule le droit de prononcer sur la mise en prévention et sur la compétence.

La loi du 17 juillet 1856 a supprimé la Chambre du Conseil et a concentré toutes ses attributions dans les mains du Juge d'instruction. Ce magistrat réunit maintenant à ses pouvoirs d'instruction les pouvoirs juridictionnels qu'exerçait avant la loi nouvelle le tribunal en Chambre du Conseil ; il ne se borne plus à recueillir les preuves, il statue en outre sur les résultats de l'information.

« Aussitôt que la procédure sera terminée, dit
« l'article 127, le Juge d'instruction la communi-
« quera au Procureur de la République, qui devra
« lui adresser ses réquisitions dans les trois jours
« au plus tard. » Le Juge d'instruction, après avoir
pris connaissance du réquisitoire du Ministère
public, rend une ordonnance de règlement qui le
dessaisit complètement de la procédure. Il existe
pour lui trois moyens de terminer une affaire ; il
peut en effet rendre : 1° une ordonnance par la-
quelle il se déclare incompétent ; 2° une ordon-
nance de non-lieu ; 3° une ordonnance de renvoi
devant la juridiction compétente.

(1) Déc. du 18 août 1810, act. 11, 13 et 30.

1° Les règles de la compétence nous sont connues, aussi n'y reviendrons-nous pas ; rappelons seulement qu'elle est d'ordre public et que par suite il y a obligation pour le juge de l'examiner même d'office.

2° « Si le Juge d'instruction est d'avis que le
« fait ne présente ni crime, ni délit, ni contra-
« vention, ou qu'il n'existe aucune charge contre
« l'inculpé, il déclarera par une ordonnance qu'il
« n'y a pas lieu de poursuivre, et, si l'inculpé avait
« été arrêté, il sera mis en liberté. » (art. 128). Ce
texte prévoit deux hypothèses : 1° celle où le juge
estime que les charges ne sont pas suffisantes
pour renvoyer l'inculpé en état de prévention, au-
quel cas l'ordonnance de non-lieu par lui rendue
est seulement motivée en fait ; 2° celle où l'infrac-
tion commise ne constitue ni un crime ni un délit,
l'ordonnance est alors motivée en droit.

3° Le Juge d'instruction, s'il reconnaît que le fait
est punissable et qu'il existe contre l'inculpé des
indices suffisants, rend une ordonnance de ren-
voi. Le renvoi peut être ordonné soit devant le
Tribunal de simple police, soit devant le Tribunal
correctionnel, soit devant la Chambre des mises
en accusation. Examinons ces trois hypothèses.

A. « S'il (le juge d'instruction) est d'avis que
« le fait n'est qu'une contravention de police, il ren-

« verra l'inculpé devant le tribunal de police et « ordonnera sa mise en liberté s'il est arrêté » (art. 129, C. instr. cr.). Le Juge d'instruction devra désigner le tribunal devant lequel il renvoie l'affaire, car il a le droit de saisir tous les tribunaux de police de son ressort et il peut arriver que plusieurs soient compétents. De plus, il ordonnera la mise en liberté immédiate du prévenu arrêté, la détention préventive n'étant autorisée qu'en matière criminelle et correctionnelle.

B. Si le fait est de nature à entraîner une peine correctionnelle, le juge renverra le prévenu devant le tribunal de police correctionnelle (art. 130). Dans ce cas, si le délit peut entraîner l'emprisonnement, le prévenu arrêté sera maintenu en état de détention (art. 130). Si, au contraire, la peine n'est que l'amende, il sera mis en liberté à charge de se représenter, à jour fixe, devant le tribunal compétent (art. 131).

C. Le fait constitue-t-il un crime, c'est-à-dire est-il de nature à être puni de peines afflictives ou infamantes, l'inculpé sera renvoyé devant la Chambre des Mises en Accusation. Les pièces de l'instruction seront transmises par les soins du Procureur de la République au Procureur Général et un rapport sera fait à la Chambre d'Accusation.

Si le prévenu est arrêté, le mandat en vertu duquel il est détenu, conserve sa force exécutoire jusqu'à ce qu'il ait été statué par la Cour (art. 134). Si le prévenu est en liberté, il ne sera rien changé à sa situation, car c'est seulement l'ordonnance de prise de corps rendue par la Chambre des Mises en Accusation qui sera le titre en vertu duquel il pourra être procédé à son arrestation.

Quant à la forme, les ordonnances sont soumises aux règles suivantes, édictées par l'article 134 :
« Les ordonnances rendues par le Juge d'instruction en vertu des dispositions des articles 128, 129, 130, 131 et 133, seront inscrites à la suite du réquisitoire du Procureur de la République. Elles contiendront les nom, prénoms, âge, lieu de naissance, domicile et profession du prévenu, l'exposé sommaire et la qualification légale du fait qui lui sera imputé et la déclaration qu'il existe ou qu'il n'existe pas de charges suffisantes. »

Telles sont les attributions confiées par la loi au Juge d'instruction comme juridiction d'instruction. Une fois l'information terminée, il peut rendre l'une ou l'autre des ordonnances dont nous venons de parler ; sa mission se trouve alors accomplie ; c'est, en effet, aux représentants du Ministère public qu'il appartient de veiller à l'exécution des ordonnances rendues par le magistrat

instructeur, conformément aux dispositions de l'article 28, C. inst. cr., ainsi conçu : « Ils pour-
« voiront (les Procureurs de la République), à
« l'envoi, à la notification et à l'exécution des or-
« donnances qui seront rendues par le Juge
« d'instruction. » Cependant il est admis dans la
pratique que pour les actes les plus minimes ou
les plus urgents le Juge d'instruction peut donner
l'ordre d'exécution. C'est ainsi qu'il lui est permis
de faire extraire un détenu de la maison d'arrêt
pour subir un interrogatoire ou encore de faire
exécuter les mandats de comparution et d'amener
et aussi le mandat de dépôt décerné contre un dé-
tenu. C'est, sans contredit, une infraction à la
règle prescrite par l'article 28, mais « une infrac-
« tion qui, comme dit Faustin-Hélie, renfer-
« mée dans de certaines limites, ne peut que fa-
« ciliter la rapidité de l'instruction, mais qu'il ne
« ne faudrait pas étendre aux actes qui ordon-
« nent telle ou telle mesure d'instruction et tels,
« par exemple, qu'une expertise » (1).

Lorsqu'une décision judiciaire a traversé les di-
verses phases d'examen auxquelles elle est sou-
mise, elle est couverte par une présomption de
vérité qui ne permet plus de remettre en ques-
tion ce qui a été jugé. Ce principe de l'autorité

(1) Instr. crim., n° 1636.

de la chose jugée s'applique aussi bien aux décisions des juridictions d'instruction (Juge d'instruction et Chambre des Mises en Accusation) qu'aux décisions des juridictions de jugement. Nous allons donc maintenant déterminer les limites de cette présomption quant aux ordonnances du Juge d'instruction et, à ce sujet, nous étudierons : 1° L'influence de la chose jugée au criminel sur l'action publique ; 2° Celle de la chose jugée au criminel sur les intérêts civils.

1° Les décisions du Juge d'instruction qui terminent la procédure engagée devant lui se divisent, avons-nous dit, en ordonnances de non-lieu et en ordonnances de renvoi ; voyons quels sont les effets des unes et des autres.

A. Si l'inculpé est renvoyé de toute poursuite par une ordonnance de non-lieu, il ne peut plus être repris ni poursuivi à raison du même fait, quand même ce fait serait qualifié autrement, *à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges*. Ainsi donc, tant qu'il ne survient pas de nouvelles charges, le fait matériel reproché à l'inculpé ne peut être l'objet d'une incrimination quelconque. En effet, le Juge d'instruction saisi d'une affaire doit la considérer sous toutes ses faces et l'examiner sous tous les rapports qu'elle peut avoir avec la loi pénale. Il ne rend dès lors une décision de non-lieu qu'autant que le fait, tel qu'il résulte de

l'information, ne constitue ni un crime, ni un délit, ni une contravention imputable au prévenu.

Par suite, les choses demeurant en l'état, le fait matériel qui a donné lieu à une décision de cette nature ne saurait être poursuivi sous une autre qualification sans qu'il y ait violation de la chose jugée. Ce qui est jugé alors c'est qu'il n'y a pas lieu de mettre en jugement l'inculpé parce que les charges sont insuffisantes pour cela ; mais cette décision n'est que provisoire, soumise à une sorte de condition résolutoire qui est la survenance de nouvelles charges (1).

Que va-t-il donc se produire s'il survient de nouvelles charges ? L'article 247, C. inst. cr., a ainsi défini cette expression : « Sont considérées comme
« charges nouvelles les déclarations des témoins,
« pièces et procès-verbaux qui, n'ayant pu être
« soumis à l'examen de la Cour d'appel, sont cepen-
« dant de nature à fortifier les preuves que la Cour
« aurait trouvées trop faibles, soit à donner aux faits
« de nouveaux développements utiles à la manifes-
« tation de la vérité. » Les dispositions de ce texte sont simplement démonstratives ; cette expression embrasse dans sa généralité toutes preuves ser-

(1) Faustin-Hélie, *Inst. cr.*, t. II, n° 4019 et suiv. ; Mangin, *Action publique*, t. II, n° 387 ; Cass. 24 avril 1874 (*Dal.* 75, I, 491) ; Liège, 14 juillet 1881 (*Dal. Jurisp. Gén.*, sup. v° Chose jugée, n° 254).

vant à établir la culpabilité du prévenu. Supposons donc que des témoins qui n'avaient pas été entendus dans l'information affirment la culpabilité de l'inculpé ou bien encore que cette culpabilité soit prouvée par des procès-verbaux ou par d'autres pièces inconnues lors de l'instruction. Il y a dans ce cas lieu d'autoriser la reprise de la poursuite car les charges nouvelles constituent, en s'ajoutant aux anciennes, un nouvel état de l'instruction auquel ne s'applique pas la décision qui a été rendue. Ce principe n'est formulé par la loi que pour une hypothèse spéciale. D'après l'article 246, C. instr. cr., le prévenu : « à l'égard duquel la
« Cour (Chambre des Mises en Accusation) aura
« décidé qu'il n'y a pas lieu à renvoi à la Cour
« d'Assises, ne pourra plus être traduit à raison du
« même fait, à moins qu'il ne survienne de nou-
« velles charges. » Aussi s'est-on demandé si les ordonnances des Juges d'instruction déclarant qu'il n'y avait lieu à suivre avaient, quand elles n'étaient pas attaquées dans le délai légal, la même autorité que les arrêts des Chambres d'accusation. L'état de la procédure étant la même dans les deux cas exigeait impérieusement l'application de la même règle. Aussi la doctrine et la jurisprudence ont-elles reconnu sans difficulté que l'inculpé à l'égard duquel soit la Chambre d'accusation soit le Juge d'instruction ont décidé qu'il n'y avait

pas lieu de suivre ne peut être mis en jugement devant aucune juridiction à raison du même fait tant que les charges restent dans le même état (1).

Quelles sont les conséquences pratiques de ce principe ? Supposons une ordonnance de non-lieu rendue en faveur d'un individu poursuivi pour homicide ; il est bien certain que cet individu n'est pas de ce fait acquitté et, en outre, l'action publique n'est pas éteinte ni même suspendue. Les officiers de police judiciaire conservent le droit de reprendre l'information quand ils estiment pouvoir découvrir de nouveaux indices de culpabilité. Mais, conformément au principe porté en l'article 246, l'ordonnance de non-lieu arrête la poursuite et comme conséquence la mise en jugement de celui qui en a bénéficié tant qu'il ne survient pas de nouvelles charges. Un réquisitoire écrit du Procureur de la République, visant les charges nouvelles que ce magistrat prétend avoir été découvertes, est donc nécessaire pour la reprise de l'information ; sans conclusions préalables l'inculpé ne peut être soumis à aucun interrogatoire, ni être l'objet d'un mandat d'amener ou de visites domi-

(1) Mangin : op. cit., t. II, n° 386 ; Faustin-Hélie, op. cit., t. II, nos 1919 et 1020 ; Morin, Répertoire, v° Chose jugée, n° 10 ; Cass., 24 juillet 1874 (Dal., 75, I, 188) ; 16 août 1877 (Dal., 79, I, 238) ; 20 novembre 1879 (Dal., Rép. gén. sup., v° Chose jugée, p. 586) ; Douai, 40 mars 1880 (Dal., 81, II, 144).

ciliaires. Le Juge d'instruction, en outre, ne pourra le renvoyer devant une juridiction de jugement qu'en précisant et spécifiant dans son ordonnance les charges nouvelles qui paraissent résulter de la seconde instruction.

« Attendu, dit la Cour de Cassation, que les articles 246, 247, 248, C. inst. cr., autorisent la reprise de l'instruction même après une ordonnance ou un arrêt de non-lieu, alors qu'il survient des charges nouvelles et que, tout en disant ce qu'il faut entendre par charges nouvelles ces articles ne prescrivent pas de formule sacramentelle pour en constater l'existence ; qu'il suffit, dès lors, que le Ministère public dans son réquisitoire et le Juge d'instruction dans son ordonnance se soient fondés sur des charges nouvelles résultant de pièces, de faits et de documents, qui n'avaient pu être fournis à l'appréciation du juge au moment où il a rendu l'ordonnance ou l'arrêt de non-lieu à suivre » (1).

Les ordonnances de non-lieu sont généralement motivées, en fait, on vient de le voir, sur l'insuffisance des charges. Mais elles peuvent aussi être motivées en droit, comme, par exemple, lorsqu'elles déclarent l'action publique non recevable à cause d'une exception qui la suspend ou la détruit. L'au-

(1) Cass. 15 janvier 1875 (Dal., 1875, I, 284) ; *Adde* : 27 janvier 1870 (Dal., 70, I, 442) ; 24 juillet 1874 (Dal., 75, I, 188).

torité de ces dernières décisions est absolue et la survenance de charges nouvelles serait impuissante pour autoriser à traduire le prévenu devant les tribunaux, la décision est définitive, il y a chose irrévocablement jugée. Cette solution s'explique bien, car l'exception péremptoire adoptée dans ce cas est entièrement indépendante des charges produites contre l'inculpé, dès lors, il est juste que la survenance de nouvelles charges soit sans influence.

La Cour de Liège a récemment rendu un arrêt en ce sens : « Attendu que les ordonnances des « Chambres du Conseil, déclarant y avoir lieu à « poursuivre, n'ont pas, en général, le caractère « d'irrévocabilité qui constitue un des éléments « essentiels de la chose jugée ; qu'il en est autrement, à la vérité, lorsqu'elles prononcent définitivement en droit sur l'action publique, en « décidant, par exemple, que le fait ne tombe pas « par sa nature sous l'application de la loi pénale « ou qu'il est couvert par la prescription... » (1) ; A la vérité des circonstances, ignorées lors de la décision et plus tard révélées, peuvent démontrer par exemple qu'il n'y avait pas chose jugée ou qu'une loi d'amnistie, visée à tort, ne couvrirait pas le

(1) Liège, 14 juillet 1881 (Dal., Rép. Gén., sup. v^o Chose jugée, p. 388). Conf. : Faustin-Hélie, t. II, n^o 1023 ; Haus, Principes généraux du Droit Pénal Belge, t. II, n^o 1287.

fait poursuivi, mais ces circonstances ne sont pas de nouvelles charges, elles constituent simplement la révélation d'une erreur du juge, erreur qui, étant couverte par la chose jugée, ne peut motiver ni la mise en jugement de l'inculpé, ni même la reprise de la poursuite. Toutefois cette règle souffre une exception. Elle est relative à l'hypothèse où l'ordonnance de non-lieu a admis comme couvrant le fait une prescription moins longue que la prescription de dix ans en considérant ce fait comme un délit ou une contravention. Si de nouvelles charges surviennent, telle que la révélation d'une circonstance aggravante ignorée lors de la poursuite, et qu'elles modifient la nature du fait de manière à donner le caractère de crime à ce qui n'était apparu que comme un délit (ou le caractère de délit à ce qui n'était apparu que comme une contravention), la décision de non-lieu qui déclarait le fait prescrit ne fera pas alors obstacle à la reprise de la poursuite contre le fait qualifié crime (ou délit). Il en serait ainsi, par exemple, dans le cas où, le Juge d'instruction ayant décidé qu'un individu inculpé d'avoir fait des blessures à une personne ne devait pas être poursuivi parce que la prescription de trois ans lui était acquise, on viendrait à découvrir dans la suite que les blessures avaient été faites dans l'intention de donner la mort. En effet, la première

appréciation étant fondée sur les charges produites dans l'instruction, il est juste que des circonstances nouvellement découvertes et de nature à modifier cette appréciation, puissent exercer leur influence sur la poursuite et la répression de l'infraction (1).

Ainsi donc, sauf cette exception, les ordonnances de non-lieu rendues en droit sont aujourd'hui irrévocables. Mais que devra-t-on décider si des charges nouvelles viennent changer la nature des faits sur lesquels repose la décision en droit du Juge d'instruction ? Un fait qui, dégagé de la circonstance récemment découverte, échappait à la loi pénale, se transforme par exemple en délit. Le juge, croyons-nous, conserve le droit d'apprécier les charges nouvelles, car, ce qui est changé, ce n'est pas la décision sur la légalité de la poursuite, c'est le fait même qui en était l'objet.

Quelle autorité enfin devra-t-on attacher à l'ordonnance de non-lieu motivée sur ce que le fait n'est prévu par aucune loi pénale ? Ainsi un individu, poursuivi pour vol, est renvoyé de toute poursuite parce qu'il n'a fait que reprendre les objets qui lui appartenaient et qu'on avait retenus malgré lui. Dans la suite, on découvre qu'il a emporté avec

(1) Haus, t. II, n° 1287 ; Mangin, note sous le n° 390 ; Le Sellyer, t. II, n° 690.

ses propres objets des choses qui n'étaient pas sa propriété. Ces décisions n'ont rien de plus définitif que celles qui sont motivées sur l'absence ou sur l'insuffisance des charges. « En effet, dit « M. Haus, le caractère du fait ne pouvant être « apprécié par ces juridictions que d'après les « charges recueillies dans l'instruction écrite, des « circonstances nouvelles peuvent le modifier au « point de changer en crime, en délit ou en con- « travention ce même fait qui, d'abord, ne sem- « blait pas être punissable » (1).

B. Les ordonnances de renvoi du Juge d'instruction ont pour effet de saisir les tribunaux correctionnels ou de police ; à ce point de vue, l'autorité de la chose jugée ne leur appartient qu'autant qu'elles n'ont pas été attaquées dans les délais (art. 135, C. inst. cr.). Mais elles n'ont aucune influence sur le jugement de l'action publique. La juridiction de jugement, en effet, doit former sa conviction indépendamment de l'opinion du juge qui lui a renvoyé l'affaire. Ce principe, qui résulte de l'ensemble des dispositions de la loi, s'explique par une double considération. Le Juge d'instruction, statuant sur une information, est appelé à examiner seulement s'il y a lieu ou non de mettre

(1) T. II, n° 1286.

un inculpé en prévention ; l'unique effet de sa décision est de saisir le tribunal de répression, mais il ne juge pas la cause en elle-même. Cependant il y a sur ce point autorité de la chose jugée, car le Ministère public ne peut s'abstenir de saisir le tribunal désigné ni en saisir un autre. De plus, les décisions du magistrat instructeur sont rendues sur des charges, sur des présomptions après une instruction écrite, secrète, sans défense contradictoire ; la juridiction de jugement, au contraire, connaît de l'affaire dans un débat public, oral et contradictoire. Ce serait donc rendre illusoires toutes les garanties de la procédure que donner à ces décisions une autorité quelconque sur les décisions des juridictions de jugement.

Ce principe de l'indépendance des juridictions, qui n'est pas contesté, a été formulé de la manière suivante : « La juridiction d'instruction statue
« souverainement sur toutes les questions du pro-
« cès relativement au renvoi qu'elle ordonne. La
« juridiction de jugement statue à son tour libre-
« ment sur les mêmes questions relativement au
« jugement. » L'ordonnance de renvoi pose et résout affirmativement quatre questions : a) L'action publique est-elle recevable ? b) Le fait est-il une infraction et quelle infraction ? c) Est-il pénalement imputable à l'inculpé ? d) Tel tribunal est-il compétent ?

a) Ainsi le Juge d'instruction renvoie devant le tribunal correctionnel un individu comme prévenu de vol, ne tenant aucun compte des exceptions ou fins de non recevoir invoquées par ce prévenu dans l'information. Ce dernier pourra-t-il les faire valoir de nouveau devant la juridiction saisie par le renvoi ? La décision du magistrat instructeur ne saurait, en aucune hypothèse, empêcher le Tribunal d'admettre les exceptions ou fins de non recevoir rejetées et il a même le devoir de les examiner d'office au cas où le prévenu ne les invoquerait pas. Cette solution, qui est généralement admise, n'a pas été adoptée par M. Trébutien : « L'ordonnance, dit-il, dans son Cours de « Droit criminel (t. 2, p. 304), produit l'exception « de chose jugée en ce qui concerne le rejet des « moyens de droit contre le prévenu qui les a « présentés, de même qu'elle produit cette exception à son profit lorsqu'elle les admet ; elle « s'oppose à ce qu'on reproduise les moyens de « prescription, d'amnistie qui ont été écartés par « elle. » Le savant professeur base sa théorie sur le droit d'appel qu'il reconnaît dans tous les cas, contrairement à la pratique, au prévenu ; l'exception, à son avis, ne peut plus être recevable puisque l'inculpé a à s'imputer de n'avoir pas usé du recours qui lui était ouvert. Le système de M. Trébutien, croyons-nous, ne doit pas

être admis, car il aboutit à donner aux décisions du Juge d'instruction, qui ne sont rendues qu'à titre provisoire, le pouvoir d'investir un tribunal du droit de connaître d'un fait qui ne donne pas ou ne donne plus ouverture à l'action publique. C'est donc aux juridictions de jugement seules qu'il appartient de décider d'une manière définitive la question de savoir si l'action publique est ou n'est pas recevable.

b) Les juges ne sont pas liés par la qualification qu'a donnée au fait incriminé l'ordonnance de renvoi. Ils peuvent, en effet, juger et condamner le prévenu pour une autre infraction, pourvu que les éléments du fait relevés à sa charge au cours des débats soient renfermés dans la citation. Pour cette raison, un tribunal ne pourrait, par exemple, condamner pour violences et voies de fait un prévenu qui aurait été traduit devant lui sous la seule inculpation d'outrage à un citoyen chargé d'un ministère de service public (1). Le droit reconnu aux tribunaux correctionnels de restituer aux faits leur vraie qualification s'explique par cette circonstance que l'ordonnance de renvoi du Juge d'instruction est *indicative* et non attributive de juridiction. La jurisprudence a, à maintes reprises, consacré cette règle aujourd'hui incontestable (2).

(1) Alger, 12 mai 1881 (Sir., 82, II, 64).

(2) Cass., 22 janv. 1881 (Sir., 82, I, 142); — Nîmes, 19 déc. 1878 (Sir., 79, II, 200); — Lyon, 15 mars 1882 (Dal. 83, II, 5.)

c) Le tribunal correctionnel ou de police devant lequel le prévenu a été renvoyé peut et même doit l'acquitter si, par les débats, les juges ont acquis la conviction qu'il n'est pas coupable.

C'est en effet, comme nous l'avons déjà dit, sur l'instruction orale et contradictoire et non, sur les résultats de l'instruction écrite que les juridictions répressives forment leur conviction au point de vue de la culpabilité.

d) C'est un principe non moins certain que les tribunaux de police correctionnelle et de simple police saisis par l'ordonnance du Juge d'instruction ne sont pas liés par cette décision en ce qui concerne la compétence et, par suite, le tribunal a toujours le droit d'examiner, d'après les faits, s'il est ou non compétent. Ainsi, les tribunaux correctionnels peuvent et doivent se déclarer incompétents si le fait, tel qu'il résulte des débats, porte le caractère d'un crime (art. 193, C. inst. cr.), car la compétence est d'ordre public et tout juge a le droit et le devoir de vérifier la sienne pour ne pas dépasser la mesure de ses pouvoirs (1). Par application de cette règle, le prévenu renvoyé devant le tribunal correctionnel est recevable,

(1) Cass. 22 janvier 1881 (Sir., 82, I, 142); 10 sept. 1868 (Dal., 69, I, 306); Nîmes, 19 déc. 1878 (Dal., 80, II, 37).

nonobstant l'ordonnance de renvoi, à opposer l'incompétence *ratione personæ* de ce tribunal.

La jurisprudence a fait de nombreuses applications de cette règle qui reconnaît aux tribunaux correctionnels le droit de se déclarer incompétents lorsqu'ils estiment que le fait dont ils ont été saisis par le renvoi porte le caractère d'un crime. Ainsi la Cour suprême a jugé que ce droit appartient au tribunal soit que les caractères constitutifs du crime soient révélés par l'ordonnance même qui les saisit, soit qu'ils résultent seulement des débats, l'article 193 ne faisant pas de distinction (1), soit qu'ils résultent de modifications et circonstances nouvelles produites depuis l'ordonnance (2). Elle a reconnu ce même droit au tribunal correctionnel dans le cas où le fait qui a donné lieu à la poursuite étant unique, mais composé d'éléments complexes et susceptibles d'être qualifiés crimes et délits (comme par exemple un attentat à la pudeur sur la personne d'un enfant de moins de treize ans, consommé ou tenté dans un lieu public), le Juge d'instruction a déclaré que le fait ne constituait pas le crime visé au début de la poursuite et a rendu à cet égard une ordonnance de non-lieu non attaquée, en renvoyant le pré-

(1) Cass. 10 sept. 1868 (Dal., 69, I, 306).

(2) Cass. 12 fév. 1864 (Dal., 64, I, 97).

venu devant la police correctionnelle, par exemple pour délit d'outrage public à la pudeur.

En pareil cas, le tribunal n'est aucunement lié par la déclaration improprement faite qu'il n'y a lieu à suivre sur le crime, ni par le renvoi en police correctionnelle ; l'ordonnance n'est, en réalité, qu'une qualification du fait purement provisoire, soumise, à ce titre, au contrôle du tribunal correctionnel, qui conserve, en droit et en fait, une entière liberté d'appréciation et doit se déclarer incompétent, si le fait unique dont il est saisi présente essentiellement et principalement les caractères d'un crime (1).

Une ordonnance non attaquée dans le délai a, en renvoyant devant le tribunal correctionnel, *expressément* écarté la circonstance aggravante qui, aux yeux du Tribunal, est de nature à donner au fait le caractère du crime.

On peut se demander si, dans ce cas, on ne se trouve pas en présence d'un fait déjà jugé, et si, dès lors, il est permis au tribunal, sans violer la chose jugée, de relever, pour se déclarer incompétent, une circonstance aggravante qu'une décision irrévocable a rejetée. La Cour de Cassation et la Cour Supérieure de Bruxelles ont jugé que le tribunal est, dans ce cas, lié par l'ordonnance et

(1) Cass. : 14 mars 1868 (Dal., 68, I, 508); 8 mai 1868 (Dal., 68, I, 281); 10 sept. 1868 (Dal., 69, I, 306).

ne peut se déclarer incompétent (1). MM. Garraud (Précis de droit criminel, n° 652) et Villey (Précis d'un cours de droit criminel, p. 358), estiment, au contraire, que, même dans ce cas, le tribunal doit déclarer son incompétence si le fait, tel qu'il résulte des débats, prend le caractère de crime. Nous adoptons cette opinion qui se fonde sur un principe constant ; c'est, en effet, sur l'instruction écrite et contradictoire, comme nous l'avons déjà dit, que les juridictions répressives forment leur conviction tant au point de vue de la compétence que de la culpabilité et d'ailleurs l'article 193, C. inst. cr., ne fait aucune distinction. Quoiqu'il en soit, il n'appartient pas au tribunal correctionnel, quand il se déclare incompétent, de renvoyer le prévenu devant le Juge d'instruction et encore moins de le désigner ; il y a lieu à règlement de juges.

2° La doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui d'accord pour reconnaître que le jugement criminel a sur l'action civile née du même fait et non encore jugée une influence nécessaire et forcée en ce qui concerne les questions soulevées par l'action publique et expressément décidées par le jugement. C'est pour assurer cette influence de la chose jugée au criminel sur l'action civile que

(1) Cass. : 14 août 1818 (Dal., Rép. v° Chose jugée, p. 398) ; Bruxelles, 2 juin 1832 (Dal., eod. loc.).

le législateur ordonne, dans l'article 3, C. inst. cr., que l'exercice de l'action civile intentée séparément devant les tribunaux civils soit suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, intentée avant ou pendant les poursuites de l'action civile. En d'autres termes, l'action publique est préjudicielle au jugement de l'action civile. Mais deux conditions doivent se trouver réunies : il faut que la sentence émane d'une juridiction de jugement et qu'elle statue sur le fond de l'action publique c'est-à-dire sur l'existence de l'infraction et la culpabilité de l'inculpé.

Les ordonnances rendues par le Juge d'instruction ne peuvent donc, d'après ces principes, avoir aucune influence sur le jugement de l'action civile, de quelque manière qu'elles soient motivées et qu'elles puissent ou non être anéanties par des charges nouvelles. D'une part, effet, elles sont rendues après une instruction écrite, secrète, non contradictoire qui peut certes suffire pour autoriser la juridiction à prendre une décision provisoire mais qui n'offre pas de garanties suffisantes pour justifier une décision définitive. D'un autre côté l'autorité des ordonnances est circonscrite par leur objet même qui est seulement de décider s'il y a lieu de mettre en prévention l'inculpé. C'est là, quant aux ordonnances de renvoi, le seul point

sur lequel il y ait chose jugée, en ce sens que le Ministère public ne peut se dispenser de saisir la juridiction de renvoi ; mais, sur tous les autres points, il n'y a qu'une décision purement provisoire, susceptible d'être battue en brèche par le résultat des débats publics et contradictoires de l'audience.

L'ordonnance de non-lieu rendue par le Juge d'instruction n'a aucun effet sur le jugement de l'action civile, quels que soient les motifs sur lesquels elle est fondée.

Il n'y a pas lieu d'admettre la distinction faite par certains auteurs entre le non-lieu fondé sur l'insuffisance des charges et le non-lieu fondé sur ce que l'action publique est prescrite ou que le fait n'est pas prévu par la loi ; dans ce dernier cas seulement MM. Mangin et Le Sellyer attribuent à la décision une autorité absolue. C'est qu'il est vrai de dire que, lorsqu'une ordonnance de non-lieu a été rendue, il n'y a sur l'affaire aucun jugement criminel. La doctrine que nous adoptons est aujourd'hui suivie par les auteurs les plus considérables (1) et elle semble ressortir tout au moins des termes dans lesquels s'expriment quelques décisions récentes. Voici les motifs de quelques ar-

(1) Demolombe, Cours de Code civil, n° 414 ; Larombière, Théorie et pratique des obligations, n° 483 ; Aubry et Rau, Cours de Code civil, t. VIII, p. 409 ; Haus, t. II, n° 1416.

rêts : « Attendu que les ordonnances de non-lieu,
« révocables au criminel même, en cas de surve-
« nances de charges nouvelles, ne constituent pas,
« à proprement parler, des jugements, c'est-à-
« dire des décisions contenant sur l'existence ou
« la non-existence d'un fait criminel, la culpabi-
« lité ou l'innocence de l'inculpé, cette affirma-
« tion définitive, susceptible de devenir, par l'au-
« torité de la chose jugée, une vérité judiciaire ;
« que les ordonnances de non-lieu, ne jugeant
« rien, sinon qu'il y a eu qu'il n'y a pas lieu de
« renvoyer devant les juridictions de jugement,
« ne sauraient fonder au civil l'autorité de la
« chose jugée qu'elles n'ont pas même au crimi-
« nel... » (1) « Attendu, en droit, que l'autorité
« de la chose jugée ne s'attache qu'aux décisions
« définitives ; — que les ordonnances de non-
« lieu, comme les arrêts de non-lieu de la Cham-
« bre des Mises en Accusations, ont un caractère
« provisoire, qu'elles tombent devant la produc-
« tion de charges nouvelles, et que les faits dé-
« clarés non prouvés par une ordonnance de non-
« lieu, ne doivent pas nécessairement être tenus
« pour tels par les tribunaux civils. » (2). Et en-
core : « Attendu que si les sentences de la justice
« criminelle ont l'autorité de la chose jugée,

(1) Alger, 1^{er} mars 1880 (Dal., 83, II, 439).

(2) Req. 31 mars 1885 (Dal., 85, I, 188).

« même par rapport aux intérêts civils, en ce sens
« qu'il n'est pas permis aux personnes intéres-
« sées de remettre en question, devant la juri-
« diction civile, les faits qui ont été décidés par
« les tribunaux répressifs, ce principe n'est ap-
« plicable que pour autant qu'il s'agisse de sen-
« tences criminelles ayant un caractère définitif
« et rendues après une instruction orale à l'au-
« dience publique ; mais que la même autorité ne
« s'attache pas aux décisions des juridictions
« d'instruction, rendues sur information écrite et
« secrète et n'ayant généralement qu'un caractère
« provisoire, que l'ordonnance de la Chambre du
« Conseil qui déclare qu'il n'y a lieu à suivre....
« est sans influence sur les intérêts civils des par-
« ties ; que celles-ci restent en droit, quels que
« soient les motifs invoqués à l'appui de ces ordon-
« nances, de ne pas s'incliner devant une décision
« qui a été rendue sans débat contradictoire et le
« plus souvent sans leur intervention, de saisir
« les tribunaux civils de leurs demandes de dom-
« mages-intérêts. » (1).

La jurisprudence est cependant loin d'être défi-
nitivement fixée sur ce point, car la Cour de
Paris a reconnu, par un arrêt récent, une autorité

(1) Liège, 28 déc. 1881 (Dal. Rép. Gén. sup. v^o, Chose jugée, p. 640). *Adde*: Paris, 3 juillet 1875 (Dal, 77, 2. 78) ; 16 nov. 1866 (Dal., 66, 1. 67).

presque absolue sur le civil aux ordonnances de non-lieu et même aux ordonnances de renvoi. Dans l'espèce, une dame veuve Dupas demandait à un sieur Chassagne payement d'une indemnité à raison d'un accident dont son mari avait été victime, alors qu'il était au service de Chassagne. Le Tribunal correctionnel avait jugé que l'accident était imputable à un sieur Sertin et à cette occasion la veuve Dupas qui s'était constituée partie civile avait obtenu condamnation contre Sertin. Malgré cela elle concluait devant la juridiction civile à l'allocation de dommages-intérêts contre Chassagne qui, suivant elle, était seul légalement responsable de l'accident vis-à-vis de son ouvrier.

La demande de la veuve Dupas fut rejetée, « considérant, dit l'arrêt, qu'il n'est pas permis au « juge civil de méconnaître ce qui a été nécessairement et certainement décidé par le juge criminel, soit quant à l'existence du fait qui forme « la base commune de l'action publique et de l'action civile, soit quant à la participation du prévenu au même fait ; que dans la prévention « d'homicide par imprudence qui pesait sur Chassagne, l'intention coupable n'étant pas un des « éléments constitutifs du délit, le Juge d'instruction s'est nécessairement expliqué sur la matérialité des faits en ce qui concerne Chassagne, « lorsqu'il a rendu une ordonnance de non-lieu

« en faveur de ce prévenu ; que, d'autre part, en
« renvoyant Sertin devant le tribunal correc-
« tionnel, il a formellement décidé que les faits
« étaient imputables non à Chassagne, mais à
« Sertin ; qu'en l'absence de charges nouvelles,
« l'ordonnance de non-lieu dont Chassagne a bé-
« néficié a acquis l'autorité de la chose jugée au
« criminel, et que, dans l'état actuel des faits, le
« juge civil ne pourrait en contredire les consta-
« tions, sans en méconnaître l'autorité » (1).

Le Juge d'instruction, comme la Chambre du Conseil qu'il remplace, n'est qu'un premier degré de juridiction et ses décisions sont susceptibles d'être déférées à l'examen d'une juridiction supérieure. La Chambre des Mises en Accusation est le juge d'appel de la juridiction du magistrat instructeur ; ses ordonnances, en effet, ne sont pas susceptibles d'être attaquées par la voie de la cassation puisqu'elles ne sont pas en dernier ressort. Le recours contre les décisions du Juge d'instruction est qualifié *opposition* par les articles 135 et 239, C. inst. cr. Cette expression est inexacte, car, dans le langage juridique, l'opposition est la voie de recours qui frappe les jugements rendus par défaut, or, devant le Juge d'instruction, il n'y a pas défaut, puisque ce magistrat a entendu con-

(1) Paris, 22 mai 1885 (Dal., Rép. Gén. sup., v^o Chose jugée, p. 641).

tradictoirement le Procureur de la République et l'inculpé. C'est un véritable appel puisque la Chambre des Mises en Accusation est saisie de la décision rendue par la juridiction inférieure du Juge d'instruction. Quoiqu'il en soit, il y a nécessité d'adopter le mot opposition, puisque cette expression a été admise en notre matière par la loi et consacrée par l'usage.

L'article 135, C. inst. cr., modifié par la loi du 17 juillet 1856, détermine d'une façon précise les personnes auxquelles appartient aujourd'hui l'opposition et les cas où l'on est recevable à en user.

« Le Procureur de la République pourra former
« opposition, dans tous les cas, aux ordonnances
« du Juge d'instruction. La partie civile pourra
« former opposition aux ordonnances rendues
« dans les cas prévus par les articles 114, 128,
« 129, 131 et 539, C. inst. cr., et à toute ordon-
« nance faisant grief à ses intérêts civils. Le pré-
« venu ne pourra former opposition qu'aux ordon-
« nances rendues en vertu de l'article 114 et dans
« le cas prévu par l'article 539. Dans tous les cas,
« le droit d'opposition appartiendra au Procureur
« Général près la Cour d'Appel. »

CONCLUSION

Nous avons constaté, au cours de cette étude, que, depuis 1808, plusieurs lois sont venues dans une certaine mesure améliorer notre législation criminelle (lois des 4 avril 1855, 17 juillet 1856 et 4 juillet 1865). Mais nous avons pu remarquer que jamais une seule réforme n'a touché au système même de notre instruction préparatoire à laquelle cependant, et non sans raison, de nombreux reproches sont adressés. « Notre législation criminelle, disait, en 1878, Monsieur le Juge d'instruction Pascaud, n'est pas réglementée de façon à atteindre le double but auquel elle doit tendre : assurer la punition du coupable et entourer l'inculpé de toutes les garanties propres à faire triompher son innocence (1). » Trois caractères saillants dominent actuellement l'information préalable : 1° le secret; 2° l'omnipotence

(1) Rev. Crit., 1878, p. 529.

du Juge d'instruction ; 3° l'absence complète d'un défenseur.

1° Jusqu'au jour de l'audience, c'est-à-dire jusqu'au moment où les débats ont lieu devant la juridiction de jugement, tout se passe hors la présence de l'inculpé qui ne peut absolument rien contrôler et est complètement à la merci d'un magistrat auquel la loi reconnaît le droit de diriger à sa guise l'instruction.

2° Le Juge d'instruction est, en outre, omnipotent pendant toute la durée de l'information. Quand il est saisi d'une affaire, il l'instruit à son gré, ayant à sa disposition des pouvoirs extraordinaires pour arriver à la découverte soit du délit soit du crime. Le Ministère public seul peut contrebalancer son autorité et encore ne le peut-il que dans des limites très restreintes ; nous savons, en effet, qu'en cas de désaccord entre ces deux magistrats, c'est le Juge d'instruction qui décide, puisqu'il n'est nullement lié par les réquisitions du Procureur de la République. De plus il prononce lui-même sur l'instruction qu'il a édifiée, il décide en matière de délits si les présomptions de culpabilité sont ou non fondées, depuis que la loi du 17 juillet 1856 est venue le substituer à la Chambre du Conseil.

3° L'inculpé enfin, tant que dure l'information, est privé de l'assistance d'un défenseur. Il se trouve

ainsi placé dans une situation bien moins favorable que celle du Ministère public qui le poursuit et qui peut, à toute époque, prendre communication des pièces de la procédure.

Tels sont aujourd'hui les caractères de l'information préalable dans laquelle « les droits de l'inculpé, dit M. Pascaud, sont bien restreints ; en revanche les pouvoirs du magistrat chargé de la recherche et de la constatation des crimes et des délits, n'ont pour ainsi dire pas de limite. »

Le Gouvernement ne pouvait rester indifférent en présence des lacunes et des imperfections de notre législation criminelle. Dès 1870, le Garde des Sceaux avait soumis à une commission de jurisconsultes la question de la substitution possible de la procédure publique à celle qui se prépare secrètement dans le cabinet du Juge d'instruction ; mais les tristes événements qui suivirent de près interrompirent brusquement le cours de leurs travaux. Au mois d'octobre 1878, sur l'initiative de M. Dufaure, Garde des Sceaux, une commission composée de jurisconsultes et de criminalistes auxquels avaient été adjoints plusieurs membres du Parlement, fut réunie, sous la présidence du Ministre de la Justice, dans le but d'introduire dans nos lois les améliorations réclamées tant par la théorie que par la pratique. Dès le 27 novembre 1879 un projet de réforme de notre Code d'Instruc-

tion criminelle, s'inspirant des législations autrichienne, belge et allemande, beaucoup plus libérales que la nôtre, était présenté au Sénat par M. Le Royer, alors Garde des Sceaux. L'exposé des motifs résumait ainsi les principales innovations : assistance d'un Conseil ; intervention facultative de ce conseil dans la plupart des actes de l'information ; intervention facultative du Ministère public ; droit de communication dans des limites déterminées ; droit de contre-expertise et de contre-enquête ; rétablissement de la Chambre du Conseil. Ce projet adopté avec des modifications par le Sénat en 1882 (du 6 au 13 mai et du 24 juillet au 7 août) n'attend plus que l'approbation de la Chambre, qu'il recevra bientôt, espérons-le, M. Thévenet l'ayant à nouveau déposé à la séance du 10 décembre 1889. Voici en quelques mots les dispositions essentielles du projet tel qu'il a été voté par le Sénat :

Toute personne qui est l'objet d'une instruction peut se faire assister d'un avocat ou d'un avoué. L'inculpé doit faire connaître le nom du conseil par lui choisi soit au greffier du Juge d'instruction, soit au gardien-chef de la maison d'arrêt. Si l'inculpé est détenu, il peut, aussitôt après la première comparution, communiquer librement avec son conseil, à moins qu'il n'y ait interdiction de communiquer. Dans le cas où il y a lieu d'user de la

mise au secret, le Juge doit rendre à cet effet une ordonnance spéciale et motivée, qui est susceptible de recours devant la Chambre du Conseil à laquelle le Procureur de la République et l'inculpé peuvent soumettre des mémoires. L'interdiction de communiquer peut être levée en ce qui concerne le conseil. Faculté est réservée au prévenu d'écrire par lettre fermée au Ministre de la Justice, aux magistrats qui instruisent l'affaire et, hors le cas d'interdiction de communiquer, à son conseil.

Hors le cas où il y a interdiction de communiquer entre l'inculpé et son conseil, la procédure doit être mise à la disposition de ce dernier la veille de chacun des interrogatoires que l'inculpé doit subir.

L'interrogatoire a lieu, contrairement au projet du Gouvernement, hors la présence du Ministère public et du conseil de l'inculpé. Avant de le commencer, le juge constate l'identité de l'inculpé et lui fait un résumé de toutes les pièces de la procédure. Les questions posées doivent, autant que possible, suivre l'ordre des dates et des faits. Si l'inculpé invoque des faits ou des preuves à sa décharge, ces allégations doivent être vérifiées dans le plus bref délai, à moins qu'elles n'aient manifestement pour but de retarder l'instruction. Après la rédaction du procès-verbal le juge aver-

tit l'inculpé qu'il a le droit de faire les rectifications ou les rétractations qu'il jugerait utiles. L'inculpé peut requérir qu'il soit procédé à une confrontation entre lui et les témoins entendus par le Juge d'instruction ; mais le juge peut la refuser si elle ne lui paraît qu'un moyen de retarder l'instruction ; son ordonnance peut être attaquée devant la Chambre du Conseil. Avant la clôture de l'instruction, l'inculpé, s'il le requiert, doit aussi être confronté avec ses co-inculpés. Le Ministère public, la partie civile et l'inculpé peuvent requérir le juge d'instruction de prendre toutes les mesures qu'ils croient utiles à la découverte de la vérité et saisir, en cas de refus, la Chambre du Conseil. Au cas où il y a lieu de procéder à une perquisition et où l'inculpé est pourvu d'un défenseur, le Procureur de la République ne peut y assister que si l'inculpé a été prévenu et mis en demeure d'y assister soit par lui-même, soit par son défenseur, soit par un représentant ; à défaut de mandataire la perquisition a lieu en présence de deux témoins. Les lettres saisies sont communiquées à l'inculpé, en original ou en copie, en tout ou en partie à moins que cette communication ne soit de nature à nuire à l'instruction. En cas d'expertise, l'inculpé peut choisir un expert sur une liste dressée chaque année par la Cour d'Appel, expert dont la mission est de surveiller celui ou ceux du Juge d'ins-

truction et de consigner ses observations au pied du procès-verbal. Les rapports d'experts doivent être tenus à la disposition des parties quarante-huit heures après leur dépôt.

La Chambre de Conseil est rétablie et juge, ainsi qu'il a été dit, les recours contre les ordonnances du Juge d'instruction ; elle se compose de trois juges, autres que le Juge d'instruction, et du greffier. Les jugements ne sont pas susceptibles d'appel sauf en ce qui concerne la liberté provisoire.

Telles sont les principales dispositions du projet de loi voté par le Sénat. Les innovations qu'il apporte quant à l'information dans notre procédure criminelle ne sont que l'expression d'un courant sérieux d'idées qui, depuis plusieurs années en France, demande la restriction des pouvoirs du Juge d'instruction avec non moins d'énergie qu'on avait mis d'unanimité à les étendre par la loi du 17 juillet 1856.

La législation nouvelle, tout en donnant lieu à des critiques, réalise de sérieux progrès. Le rétablissement de la Chambre du Conseil restitue au prévenu les garanties que présente forcément l'examen par plusieurs magistrats de la procédure édifiée par le Juge d'instruction. N'est-il pas vraiment exorbitant ce pouvoir qui permet aujourd'hui à un magistrat, sans aucun contrôle, d'arracher un homme à sa famille et à ses affaires, d'ordon-

ner sa détention, sa mise au secret et de le garder plusieurs mois en prison suivant les nécessités de l'instruction. « S'il est, en effet, un principe incontestable dans le droit nouveau, c'est la nécessité de l'existence d'une juridiction placée au seuil des tribunaux de répression pour y juger de la nature et du plus ou moins bien fondé des actions dont ils sont saisis, institution éminemment protectrice de la justice elle-même dont une pareille garantie accordée à la défense grandit l'autorité devant l'opinion. » (1). Mais peut-être n'est-il pas nécessaire de rendre uniforme et forcée l'intervention de la Chambre du Conseil? Ainsi si le prévenu consent à être *jugé coupable*, selon l'expression anglaise, et si le Ministère public et le Juge d'instruction sont d'accord pour admettre cette culpabilité et qualifier les faits sur lesquels il doit être renvoyé devant le Tribunal, à quoi bon provoquer un jugement de la Chambre du Conseil? Mais l'utilité et même la nécessité de l'institution reparait si le prévenu nie les faits, si les témoignages sont insuffisants et s'il est difficile de qualifier l'acte délictueux.

« Si la procédure investigatoire est secrète pour le prévenu, dit M. Périer, Conseiller à la Cour de Rouen, elle ne l'est pas pour le Procureur de

(1) Rev. Crit. 1876, p. 397.

« la République, dont l'assistance est dans certains cas prescrite ; il a le droit de surveiller l'instruction, d'en exiger la communication toutes les fois qu'il le juge convenable, elle devient même nécessaire avant la clôture » (1). C'est pour remédier à cet état de choses que le projet adopté par le Sénat a reconnu à l'inculpé le droit de se faire assister d'un conseil dès le début de l'information, sans toutefois qu'il lui soit permis d'assister à l'interrogatoire. Le droit pour le prévenu d'avoir à ses côtés avant les débats de l'audience un défenseur répond à un sentiment d'humanité et de justice ; c'est un droit qui sauvegarde en même temps les intérêts de l'individu et ceux de la société et l'on peut dire de lui qu'il est tout à la fois, suivant l'expression de Lacretelle, « le principal appui de la liberté civile et le meilleur garant de la sûreté publique » (2). Mais, cependant, n'y a-t-il pas un danger à favoriser outre mesure la défense au détriment de la bonne direction de l'instruction ? La Commission de révision du Code d'Instruction Criminelle nommée par la Chambre ne va-t-elle pas trop loin quand elle décide, comme elle vient de le faire, que le défenseur d'un inculpé peut assister à tous les actes de

(1) Rev. Crit., 1881, p. 723.

(2) Réflexions sur la réforme de la justice criminelle.

l'instruction ? Nous pensons, avec M. Guillot, qu'il est peut-être périlleux de faire assister le conseil de l'inculpé à l'interrogatoire et à l'audition des témoins (1). L'interrogatoire, en effet, constitue une des formalités essentielles de l'information ; il en est l'acte le plus difficile, le plus délicat, celui qui exige le plus de prudence et le plus d'habileté. Le secret est donc l'essence de cet acte important (comme sous l'ordonnance de 1670) ; il faut que l'inculpé ne s'inspire pas de la pensée d'autrui, or l'assistance d'un conseil lui enlèverait sa spontanéité.

N'est-il pas à craindre aussi que les témoins se taisent en présence d'un inculpé dont ils ont à redouter la vengeance ?

En outre, l'assistance du conseil entraînerait des discussions inévitables, les incidents se multiplieraient à l'infini et donneraient lieu à d'interminables procédures dans lesquelles la vérité serait parfois enveloppée de beaucoup d'obscurité. Enfin, il n'est guère utile d'initier le prévenu à la procédure et de l'irriter contre les témoins dans le cas où il y aurait une ordonnance de non-lieu. Nous croyons, en ce qui nous concerne, que tous les intérêts seraient suffisamment sauvegardés si, avant de prononcer sur des présomptions de cul-

(1) Principes du nouveau Code d'instruction criminelle.

pabilité, on faisait connaître à la partie poursuivie les griefs qui lui sont reprochés avec le droit pour elle de faire entendre des témoins justificatifs, ce qui donnerait lieu alors à un combat contradictoire entre la défense et l'accusation. Dans ces conditions, une ordonnance de renvoi ne pourrait être rendue contre un inculpé sans qu'au préalable toutes les pièces de l'information lui eussent été communiquées ; il serait ainsi mis à même de présenter directement ou par l'intermédiaire de son conseil, toutes observations qui seraient souvent de nature à modifier les résultats de l'instruction et à éviter sa comparution devant la juridiction de jugement.

Nous ne pouvons dès maintenant savoir quel sort est réservé au projet de réforme actuellement à l'étude. Nous n'en souhaitons pas moins ardemment de voir la Chambre suivre le plus tôt possible le Gouvernement dans la voie du progrès qu'il lui a tracée.

Quoiqu'il arrive, nos législateurs ne doivent pas perdre de vue que, si les intérêts de la société sont sacrés et doivent être sauvegardés, ceux de l'inculpé sont aussi respectables et méritent une égale protection ; chercher à concilier autant que possible les deux intérêts en présence, tel doit être le but d'une bonne législation.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I.

Le mariage à Rome ne se forme pas *solo consensu*.

II.

Le simple pacte engendre une obligation naturelle.

III.

La remise d'arrhes par l'acheteur au vendeur, dans les ventes qui ne sont pas subordonnées à la rédaction d'un écrit, ne constitue, même à l'époque de Justinien, qu'un mode de preuve de la vente et non pas un moyen de dédit.

IV.

Dans les obligations à terme, l'arrivée de l'échéance ne met pas *re ipsâ* le débiteur en demeure.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

I.

La promesse synallagmatique de vente transfère par elle-même et par elle seule la propriété de la chose vendue.

II.

La femme survivante jouit du bénéfice d'émolument de l'article 1483 du C. c., à la seule condition d'avoir fait bon et fidèle inventaire; il n'est pas nécessaire que cet inventaire ait été fait dans les délais de l'article 1456.

III.

Les artistes dramatiques et musiciens ne peuvent, en cas de faillite du directeur du théâtre, invoquer, soit le privilège établi par l'article 2101 du C. c. en faveur des gens de service, soit celui de l'article 549 du C. de commerce accordé aux commis et employés.

IV.

La faculté d'aliéner les immeubles dotaux, concédée par une clause du contrat de mariage, n'entraîne pas celle de les hypothéquer, si elle n'a pas été expressément formulée.

DROIT CRIMINEL.

I.

La condamnation par contumace n'entraîne pas l'interdiction légale.

II.

L'action civile résultant d'un crime ou d'un délit, bien qu'introduite devant les tribunaux civils, est prescrite par le même laps de temps que l'action publique.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

La femme française ou étrangère, mariée à un étranger, n'a pas d'hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France.

DROIT CONSTITUTIONNEL.

Le Sénat peut rétablir les crédits supprimés par la Chambre.

Vu :

Le Professeur, Président de la Thèse,

Signé : GEORGES LEBRET.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,

EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Caen,

E. ZEVORT.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN.

DE LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI.

	Pages.
INTRODUCTION	3
CHAPITRE I ^{er} . — Origine et nature de la Querela . . .	11
§ 1. Son origine	11
§ 2. Sa nature	15
CHAPITRE II. — Des personnes auxquelles appartient la Querela. Dévolution de la Querela.	18
CHAPITRE III. — Des personnes contre lesquelles peut être intentée la Querela. Quelles dispositions sont attaquables	28
CHAPITRE IV. — Conditions requises pour l'admissi- bilité de la Querela.	33
CHAPITRE V. — Effets de la Querela.	53
CHAPITRE VI. — Causes d'extinction de la Querela . .	63

CHAPITRE VII. — Réformes de Justinien. Législation des Nouvelles	70
APPENDICE. — Des donations inofficieuses.	73

DROIT FRANÇAIS.

ATTRIBUTIONS DU JUGE D'INSTRUCTION.

INTRODUCTION	79
CHAPITRE I ^{er} . — Attributions du Juge d'instruction comme magistrat instructeur	103
Section I ^{re} : Des dénonciations et des plaintes .	103
Section II : Du rassemblement des preuves . .	106
§ 1. Transport sur les lieux	107
§ 2. Visites domiciliaires et saisies	114
§ 3. Visites corporelles.	129
§ 4. De l'audition des témoins ou de l'infor- mation	129
§ 5. Interrogatoire de l'inculpé	138
Section III : Attributions du Juge d'instruction quant à la Détention préventive et à la Liberté provisoire.	144
§ 1. Des mandats. Diverses espèces de man- dats. Formes.	145
A. Mandats de Comparution et d'Amener .	151
B. Mandats de Dépôt et d'Arrêt	157
C. Par qui les mandats peuvent être dé- cernés	162
D. Mainlevée des Mandats	164

§ 2. De la liberté provisoire	166
CHAPITRE II. — Attributions du Juge d'instruction relatives aux maisons d'arrêt et de justice . .	174
CHAPITRE III. — Attributions du Juge d'instruction comme juridiction d'instruction	179
CONCLUSION.	209
POSITIONS	221



ERRATA.

- Page 23, 24^e ligne : Loi 15 au lieu de Loi 5.
— 29, 2^e — : Inst. II, 18, au lieu de Inst. I, 9.
— 29, 11^e — : Code, III, XXVIII, au lieu de XXVI.
— 30, 1^{re} — : *incumbit* au lieu de *incusubit*.
— 32, 17^e — : XLIX au lieu de XLIV.
— 35, 12^e — : Dig. XXXVII, 4, loi 3, § 5, in fine.
— 36, 13^e — : loi 27 au lieu de loi 28.
— 38, 1^{re} — : *inimicis* au lieu de *imminis*.
— 42, 8^e — : 18 au lieu de 17.
— 94, 14^e — : Lire loi du 16 juillet 1875.
— 109, 14^e — : du et non de.
— 121, 17^e — : représenter au lieu de représenté.
— 131, 10^e — : après prendre, manque le mot : garde.
— 177, 15^e — : venue et non venu.

